



جَامِعَةُ الْقَاهِرَةِ
كَلِيَّةُ الْحُقُوقِ

١٤٠٠ ربيع الأول ١٩٧٤

مكتبة
الدكتور القطب محمد القطب طه
نبيه محمد قطب شارع محمد قطب
الإمام

نظريتنا العقد الموقوف في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة

رسالة مقدمة من

عبد الرزاق حسن فرج

للمحصل على درجة الدكتوراه في الحقوق

(الشرعية الإسلامية)

لجنة الحكم :

الاستاذ الدكتور محمد سلام مذكور رئيس

الاستاذ الدكتور عبد المنعم الببراوي
الاستاذ الدكتور محمد زكريا البرديسي

١٣٨٨ — ١٩٦٨

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

« وما أوتيتم من العلم إلا قليلا »

« قرآن كريم »

وقال العماد الأصفهاني في مقدمة معجم الأدباء « إني رأيت أنه لا يكتب إنسان كتاباً في يومه إلا قال في غده : لو غير هذا لكان أحسن ولو زيد كذا لكان يستحسن ، ولو قدم هذا لكان أفضل ، ولو ترك هذا لكان أجمل ، وهذا من أعظم العبر ، وهو دليل على استيلاء النقص على جملة البشر » .

مُقَدِّمَةٌ

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه
أجمعين . وبعد :

فإن الشريعة الإسلامية قد اشتملت على أحكام كثيرة تكفل للناس
ما فيه سعادتهم وما فيه مصلحتهم والرحمة والعدل بهم .

فقد عرفت هذه الشريعة مبدأ الرضائية وفطنت إليه وأحكمت تطبيقه
على ما هرض في عصور فقهاها الأولين من قضايا لقرون خلت .

وقد حرمت أكل المسلم لمال أخيه بغير رضاه ، ولا شك أن من أكل
مال مسلم بغير طيبة من نفسه فإنه يعتبر آكلاً للمال بالباطل ، وقد صرح
الرسول عليه السلام بهذا في عدة أحاديث منها : « إنما أموالكم ودمائكم
عليكم حرام »^(١) . كما راعت مصالح الناس الضرورية والحاجية وحثت على
التعاون وعلى مساعدة الغير في شئونهم دفعاً للضرر وجلباً للمصلحة .

ومن أبرز مظاهر هذا التعاون أن أباحت^(٢) الشريعة الغراء على ما هو
معروف في أغلب المذاهب الفقهية فكرة التصرف الموقوف على الإجازة
فأباحته لمن يتصرف عن غيره دون ولاية ولا وكالة كالفضولي ومن في حكمه
التصرف عن الغير ، واعتبرت التصرف منعقداً صحيحاً لصدوره من أهله
مضافاً إلى محله موقوفاً على إجازة من يملك الإجازة شرعاً من مالك أو ولي

(١) نيل الأوطار للشوكاني ج ٥ ص ٢٦٨ .

(٢) جاء في كتاب الإباحة عند الأصوليين للاستاذ محمد سلام مذكور الطبعة الثانية
١٣٨٥ هـ / ١٩٦٥ م ص ٣٢ : « الإباحة عند الأصوليين هي التخيير بين فعل الشيء وتركه
ويسرفون المباح بأنه هو الأمر الذي خير الشارع بين فعله وتركه » .
وفي ص ٤٥ « الإباحة عند الفقهاء ضد الحظر فهي بمعنى يقابل التحريم » .

أو وصى . وهذا مبنى على أن الناس في حاجة إلى معونة بعضهم بعضاً وأن المروءة وما يوجد من الصلات المختلفة بين الناس كالجوار والصدقة والقرابة كثيراً ما تدفعهم إلى معونة من يتصلون به في وقت الحاجة أو في وقت غيبتهم حيث لا يتيسر فيه لذى الشأن أن يتصرف وأن يعمل وذلك بمباشرة بعض أعمال ومزاولة بعض تصرفات يرونها نافعة لمن يريدون .

كذلك اعتبرت هذه المذاهب تصرف الصبي المميز في التصرفات الدائرة بين النفع والضرر موقوفاً على إجازة الولى أو الوصى . واعتبرت التصرف فيما تعلق به حق الغير كتصرف المدين المعسر لإضراراً بدائليته وبيع العين المرهونة وتصرف الشريك في الحصة الشائعة موقوفاً على الإجازة على نحو ما سنبينه تفصيلاً في دراستنا لهذا الموضوع .

لهذا كان من المهم إبراز فكرة العقد الموقوف وجمع شتاتها ومعرفة ما يقابلها من نظم في القانون ، وهذا ما أوضحته في هذه الرسالة بعد أن حاولت جاهداً أن أضمنها آراء العلماء في كل مذهب ، وأن أوسع دائرة البحث حتى لا تقف عند آراء الأئمة الأربعة ، فخرجت على فقه أهل الظاهر وفقه الشيعة الإمامية والزيدية والإباضية باحثاً ومنقياً حتى يمكن عرض صورة من إنتاج فقهاء الشريعة الاعلام في هذا الموضوع الذى تشعبت مسالكه واختلفت فيه الآراء ودقت فيه مدارك العلماء .

خطة البحث

اشتملت هذه الرسالة على باب تمهيدى وقسمين : قسم نظرى وقسم تطبيقى

الباب التمهيدى : فى بيان حقيقة العقد وأقسامه من حيث الصحة والبطالان

القسم الأول

(فى حقيقة العقد الموقوف ومحلله وحكمه)

الباب الأول : فى حقيقة العقد الموقوف .

الباب الثانى : فى محل العقد الموقوف .

الباب الثالث : فى حكم العقد الموقوف .

القسم الثانى

(بعض التطبيقات على نظرية العقد الموقوف)

الباب الأول : فى التصرف عن الغير دون ولاية .

الباب الثانى : فى تصرف ناقص الأهلية ومعيب الإرادة .

الباب الثالث : فى التصرف فيما تعلق به حق الغير .

الخاتمة

الباب التحصيلي

في

حقيقة العقد

قبل أن نعرض لتعريف العقد وأقسامه من حيث الصحة والبطان في الفقه الإسلامي نبدأ بتمهيد نبين فيه فكرة العقد قبل الإسلام وأنواع العقود التي كانت موجودة في الجاهلية .

تمهيد :

كانت العقود معروفة عند العرب قبل الإسلام فقد كانوا يعرفون عقود المعاوضات المالية من بيع وسلم واستصناع وإجارة وغيرها . كما كانوا يعرفون عقود التأمينات من رهن وكفالة ، ويعرفون عقد النكاح والطلاق والعتاق وغير ذلك ، وكان لهذه العقود أحكام وآثار تواضعوا عليها لأنها إرادتهم التي أعلنوها بأقوالهم وغايتهم من تعاقدهم وحاجتهم التي دفعتهم إليها فرتبوها عليها . وأصبحت بذلك نتائج عرقية لعقودهم يلزمهم بها العرف ويوجبها عليهم الخلق .

إلا أن هذه العقود لم تكن ترتكز على أسس عادلة ، وقواعد ثابتة ، بل كان الكثير منها يشتمل على الغرر والجهالة كبيع المضامين والملاقيح^(١) . وكذلك فقد كانت هناك معاملات جائرة فاسدة بعيدة كل

(١) الملاقيح ما في البطون من الأجنة والمضامين ما في أصلاب الفحول ، وكانوا يبيعون الجنين في بطن الناقة ، وما يضربه الفحل في كل عام أو أعوام ، انظر في بيان هذا زاد المعاد لابن القيم ج ٢ ص ٤٥١ . مطبوع بالطبعة الميمنية بمصر .

البعد عن مبدأ الرضاية وذلك مثل بيع الملامسة والمنازمة وإلقاء الحجر وما أشبه ذلك .

أما بيع الملامسة فقد كانت صورته في الجاهلية أن يلبس الرجل الثوب ولا ينشره ولا يقبله أو يبتاعه ليلاً ولا يعلم ما فيه ، وأما بيع المنازمة فهو أن يلبذ كل واحد من المتبايعين إلى صاحبه الثوب ويكون ذلك بيعهما من غير نظر ولا تراض ، وأما إلقاء الحجر ويسمى أيضاً بيع الحصاة فكانت صورته عندهم أن يقول المشتري أى ثوب وقعت عليه هذه الحصاة التي أرمى بها فمولى ، وقيل هو أن يبيعه من أرضه بقدر ما اتهمت إليه رمية الحصاة أو أن يمسك أحدهما حصاة في يده ويقول أى وقت سقطت فيه الحصاة وجب البيع ، وهذه الصور كلها فاسدة لما تضمنته من أكل المال بالباطل ومن الغرر والخطر الذي هو شديده بالقرار^(١) .

فلما جاء الإسلام وبعث الله محمداً عليه الصلاة والسلام لهداية العالم وإصلاح المجتمع الإنساني ، ووجد الناس يتعاملون بهذه المعاملات وينشئون تلك التصرفات ويرتبون عليها أحكاماً وآثاراً تواضعوا عليها ولا يستغنون عنها لحاجتهم إليها ، أخذ في إصلاح ما أمكن إصلاحه وأزال ما لا يقبل

(١) انظر في هذا زاد الميعاد لابن القيم ج ٢ ص ٤٥١ وبداية المجتهد لابن رشد ج ٢ ص ١٢١ الطبعة الأولى (الباب الثالث في البيوع انتهى عنها) . وانظر في فقه الخفية في معنى الملامسة والمنازمة وبيع الحصاة ، البدائم للسكاساني ج ٥ ص ١٢٦ الطبعة الأولى ١٣٢٨ هـ / ١٩١٠ م . وانظر في فقه الشافعية في التهي عن بيع الغرر وبيع الملامسة المجموع شرح المذهب ج ٩ ص ١٤٦ .. إدارة الطباعة المنيرية بمصر . وانظر في فقه الشيعة الزيدية البحر الزخار ج ٣ ص ٢٩٣ - ٢٩٤ والروض النضير ج ٣ ص ٢٤٤ ، وانظر من كتب الحديث في التهي عن بيع الحصاة واللامسة والمنازمة نصب الرأية في الحديث ج ٤ ص ١٤ الطبعة الأولى ١٣٥٧ هـ ١٩٣٨ ، ونيل الأوطار للشوكاني الطبعة الثانية ١٣٤٤ هـ ج ٥ ص ٢٤٣ - ٢٤٦ ، وعمدة القارئ شرح صحيح البخاري ج ١١ ص ٢٦٨ إدارة الطباعة المنيرية ، والنووي على صحيح مسلم ج ٦ ص ٣٥٦ - ٣٥٩ طبعة ١٣٢٥ هـ الأميرية ، وانظر أيضاً في التهي عن بيع الغرر الموطأ وشرح الزرقاني عليه ج ٣ ص ٣١٧ وفي التهي عن بيع الملامسة والمنازمة المرجع المذكور ج ٣ ص ٣١٦ / ٣١٥ طبعة ١٣٥٥ هـ / ١٩٣٦ م .

الإصلاح ولا يصلح للبقاء فخر الربا والميسر لما يشتملان عليه من الإضرار بالناس وأكل أموالهم بالباطل .

وأصلح نظام البيوع ونفى عنها الغرر والخداع والغبن الفاحش وأقر الإجارة والقرض والعارية والرهن مع إبطال ما قد يكون فيها من فساد .

وبين لهم أن أساس التعاقد هو الرضا والاختيار ، وذلك في قوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم »^(١) . وقوله جل شأنه : « فإن طبن لكم عن شيء منه نفساً فكلوه هنيئاً مريئاً »^(٢) . وقال عليه الصلاة والسلام : « إنما البيع عن تراض »^(٣) . كما أوجب عليهم الوفاء بالعقود والعهود قال تعالى : « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود »^(٤) وقال سبحانه : « وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسئولاً »^(٥) .

وبهذا كله صارت العقود أسباباً لأحكام وآثار تترتب عليها وتلشأ عنها بحكم الشارع وصليعه ، فإن شاء رتبها فوراً وإن شاء على التراخي وإن شاء وقفها ولم يرتبها .

وقد رسم الشارع للناس الحدود ووضع لهم القواعد العامة في معاملاتهم وتصرفاتهم وألزمهم ألا يتخطوا هذه الحدود وألا يأتوا أمراً يتنافى وتلك القواعد حتى تحفظ على الناس أموالهم ويقطع دابر النزاع ويزول الخصام من بينهم .

(١) سورة النساء آية ٢٩ ج ٥ .

(٢) سورة النساء آية ٤ ج ٤ .

(٣) أخرجه ابن ماجه في سننه ج ٢ ص ١٥ -

(٤) سورة المائدة آية ١ ج ٦ .

(٥) سورة الإسراء آية ٣٤ ج ١٥ .

الفصل الأول

التعريف بالعقد

المبحث الأول

التعريف بالعقد في الشريعة

من معاني العقد في لغة العرب إحكام الشيء وتقويته والجمع بين أطراف الخيط بالربط وضد العقد الحل . فكلمة العقد في اللغة تطلق على معان كثيرة منها الربط والشد والتوثيق والقوة ويجمع كل ذلك معنى الربط . وهو على ما يظهر من كلام أهل اللغة المعنى الأصلي لكلمة العقد ، يقال عقدت الحبل عقداً أى شدته وتقويته ، أو جمعت بين طرفيه فقويت الاتصال بينهما أو أحكمته بالعقد عليهما ، ثم استعمل هذا الفعل في الربط المعنوي بين الكلامين أو المتعاهدين فقل عقدت البيع وعقدت العهد ، كما استعمل في كل ما يعقده العاقد فيلزم به نفسه ويربطها به ، من فعل يأتبه في المستقبل أو ترك لفعل ، ومن هذا سمي اليمين عقداً ، لأن الخالف يلزم به نفسه أن يفي بما حلف عليه ، وسمى الأمان والعهد عقداً لأنهما طريقان من طرق الإلزام وكذلك ما يشرطه الإنسان على نفسه في المستقبل^(١) .

(١) وفي المصباح المنير ج ٢ ص ٣٢ الطبعة الأولى بالمطبعة العلمية سنة ١٣١٦ هـ كتاب العين — العين من اللغات وما يثلثها : « عقدت الحبل عقداً من باب ضرب فأنعقد والعقدة باعسكة ويوثقه ومنه قيل عقدت اليم ونحوه وعقدت اليمين وعقدته على كذا ، وعقدته عليه بمعنى عاهدته ومعقد العىء مثل مجلس موضح عقده وعقدة النكاح وغيره لإحكامه وإبرامه والعقد بالكسر القلادة والجزم عقود مثل حمل وحول ، واعتقدت كذا وعقدت عليه القلب والنسير حتى قيل العقيدة ما يدين الإنسان به وله عقيدة حسنة سالمة من الشك .

وتطلق كلمة العقد في اصطلاح الفقهاء على معنيين :

أمرهما : وهو المشهور الشائع الربط الحاصل بين كلامين أو ما يقوم مقامهما على وجه يترتب عليه حكم شرعى بالزام لأحد الطرفين أو لكليهما ، وكثيراً ما يطلق العقد ويراد به ما تم الارتباط به بينهما سواء أكانا كلامين أم كتابتين أم إشارتين أم كانا فعلين فيسمى بمجموع بعث كذا بكذا وقبلت ذلك عقد بيع وهكذا^(١).

= وانظر في معنى كلمة عقد القاموس المحيط باب الدال فصل العين ج ١ ص ٣١٥ و ٣١٦ و مختار الصحاح باب العين ص ٤٤٤ و ٤٤٥ طبع ١٣٤٣ هـ / ١٩٢٥ م . وانظر أيضاً أحكام القرآن ج ٢ ص ٢٩٤ — ٢٩٥ طبع مطبعة الأوقاف الإسلامية في دار الخلافة العلية سنة ١٣٣٥ هـ لأبي بكر أحمد بن علي الرازى المصنف الحنفى المتوفى سنة ٣٧٠ هـ .

(١) جاء في شرح التوضيح على التنقيح ج ٢ ص ١٢٣ طبع ١٣٧٧ هـ / ١٩٥٧ م : « والانقاد هو ارتباط أجزاء التصرف شرعاً » . وفي الهداية وفتح القدير في فقه الحنفية ج ٥ ص ٧٤ : « البيع يتعقد بالإيجاب والقبول » ويقول صاحب الناية في نفس الموضع « الانقاد هاهنا تعلق كلام أحد المعاقدين بالآخر شرعاً على وجه يظهر أثره في المحل ويسمى ما تقدم من كلام المعاقدين إيجاباً لأنه يثبت للآخر خيار القبول فإذا قبل يسمى كلامه قبولا » . وفي فقه المالكية جاء في شرح الحرشى على مختصر خليل ج ٥ ص ٥ الطبعة الثانية بالمطبعة الأميرية ١٣١٧ هـ « يتعقد البيع بما يدل على الرضا ... من قول من الجانبين أو فعل منهما أو قول من أحدهما وفعل من الآخر أو إشارة منهما أو من جانب وقول أو فعل من الآخر » .

وفي فقه الحنابلة جاء في المعنى والشرح الكبير ج ٤ ص ٤ / ٣ الطبعة الثانية ١٣٤٧ هـ بمطبعة المنار : « والبيع على ضربين أحدهما الإيجاب والقبول والضرب الثانى المعاطاة » .

وانظر في فقه الشافعية المجموع شرح المذهب ج ٩ ص ١٦٢ « كتاب البيع » إدارة الطباعة المنيرية .

وجاء في كتاب البحر الزخار في فقه الشيعة الزيدية ج ٣ ص ٢٩٧ : « العقد وهو إيجاب وقبول لتهيئ صلى الله عليه وسلم عن يمين الجاهلية كالتابذة والحصة » . وانظر من المراجع الحديثة في فقه الشريعة العقود والشروط والخيارات للشيخ أحمد إبراهيم منشور بمجلة القانون والاقتصاد السنة الرابعة العدد السادس ص ٦٤٤ سنة ١٩٣٤ وأحكام المعاملات الشرعية للشيخ علي الحقيف ص ٢٠٠ الطبعة الثالثة ١٣٦٦ / ١٩٤٧ . والمدخل للفقه الإسلامى للاستاذ محمد سلام المذكور ص ٥٠٦ — ٥٠٨ الطبعة الثانية ١٣٨٣ هـ / ١٩٦٣ م . وانظر التصرف الانفرادى والإرادة المنفردة للشيخ علي الحقيف ص ٢٧ — ٤٨ طبع ١٩٦٤ م .

وعلى هذا التعريف لا يكون الطلاق والعقق المجردان عن المال والوقف والإبراء واليمين والتنازل عن الحقوق كحق الشفعة أو المرور أو المسيل ونحو ذلك من كل ما يتم بكلام طرف واحد عقداً من العقود بل تصرفاً شرعياً انفرادياً .

ولأنما يكون البيع والإجارة والمزارعة والمساقاة وغيرها مما لا يتم إلا بكلامين من طرفين عقوداً شرعية .

فالعقد في مفهوم هذا الاتجاه لا يكون إلا فيما يحدث بين اثنين من تعاقد أو بمعنى آخر ما يتوقف فيه الالتزام على اجتماع إرادتين .

وإلى هذا التعريف جنح صاحب مرشد الحيران فنصت المادة ٢٦٢ منه على أن : « العقد عبارة عن ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه » .

ويستفاد من هذا التعريف أن العقد يدخل في عموم التصرف وأنه يقوم على ما ينبىء عن إرادتين متطابقتين لا على إرادة منفردة ، كما أن هذا التعريف ينم عن النزعة الموضوعية للفقهاء الإسلامى والنزعة المادية لالنزعة الذاتية التى تسود الفقه الغربى^(١) . واعتبار الإرادة الظاهرة كما هو المتبادر من مفهوم هذا التعريف أولى بالقبول لأن الإرادة الباطنة أمر خفى لا يمكن الاطلاع عليه وبما أن الأحكام أمور خفية فلا يصح أن تعلل بالخفى لأن الخفى لا يعرف الخفى لذلك وجب أن تناط الأحكام بعلم ظاهرة تنبىء عن الإرادة^(٢) .

(١) انظر فى هذا مصادر الحق للدكتور السهورى ج ١ ص ٧٣ وما بعدها .

(٢) انظر فى هذا علم أصول الفقه للأستاذ البرديسى ص ٢٦٠ الطبعة الثانية ١٣٨١ هـ / ١٩٦٠ م فقد جاء فيه : « لا يجوز التعليل بالخفى وهو الذى لا يدرك بحاسة من الحواس الظاهرة لأن العلم معرفة للكم الشرعى الذى هو خفى فلا بد وأن يكون المعروف وصفاً جلياً لأن الخفى لا يعرف الخفى » .

تأثيرهما : ينظر بعض الفقهاء إلى العقد نظرة أعم من ذلك فيشمل عندهم ما كان الالتزام فيه من الجانبين كالبيع والإجارة والزواج ، كما يشمل ما يتم فيه الالتزام بإرادة واحدة وذلك كما في التصرفات الانفرادية التي لا يقابلها التزامات أخرى على طريق التبادل من الطرف الآخر وذلك كما في التبرعات من هبة وصدقة ووصية وإبراء من الدين وإعتاق ووقف (١) .

وهذا الإطلاق يوافق ما جرى عليه فقهاء الحنفية في باب تعليق العقود بالشروط ، واقتراحها بها وإضافتها إلى الزمن المستقبل فهم يتناولون فيه كل التصرفات والالتزامات الشرعية على العموم فيذكرون الطلاق والعق والابراء والوقف كما يذكرون البيع والإجارة والقسمة والنكاح فيتناولون بهذا التعميم كل صور العقد بمعناه الأعم ومعناه الأخص (٢) .

(١) جاء في كتاب أحكام القرآن للجصاص عند تعرضه لشرح آية « يأبى الدين آمنوا أوفوا بالعقود » ج ٢ ص ٢٩٤ - ٢٩٥ : « العقد ما يعقده العاقد على أمر يفعله هو أو يعقد على غيره ففعله على وجه لإلزامه إياه ... وهذا إنما يتناول منه ما كان منتظراً صراعاً في المستقبل من الأوقات فيسبى البيع والنكاح والإجارة وسائر عقود المعاوضات عقوداً لأن كل واحد منهما قد ألزم نفسه التمام عليه والوفاء به وسمى اليمين على المستقبل عقداً لأن الخالف قد ألزم نفسه الوفاء بما حلف عليه من فعل أو ترك والشركة والمضاربة ونحوها تسمى أيضاً عقوداً لما وصفنا من اقتضائه الوفاء بما شرطه على كل واحد من الرخ والعمل لصاحبه وألزمه نفسه وكذلك العهد والأمان لأن معطيها قد ألزم نفسه الوفاء بها وكذلك كل شرط شرطه لإنسان على نفسه في شيء يفعله في المستقبل فهو عقد وكذلك النذور وإيجاب القرب وما جرى مجرى ذلك » . وانظر أيضاً أحكام القرآن لابن العربي ج ١ القسم الثاني ص ٥٢٤ - ٥٢٥ الطبعة الأولى بتحقيق محمد على البجاوى .

(٢) جاء في رد المحتار لابن عابدين ج ٤ ص ٢٣١ الطبعة الثالثة ١٣٢٥ هـ في بيان تعليق العقود على الشروط واقتراحها بها ... ما كان مبادلة مال بمال يفسد بالشرط الفاسد ويبطل تعليقه أيضاً لدخوله في التملكيات لأنها أعم ، وما ليس بمبادلة مال بمال إن كان من التملكيات أو التقييدات يبطل تعليقه بالشرط فقط وإن لم يكن منهما فإن كان من الإسقاطات والالتزامات التي يحلف بها يصح تعليقه باللام وغيره وإن كان من الإطلاقات والولايات والتحريزات يصح تعليقه باللام فقط ، وفي المغنى والمرح الكبير ج ٤ ص ٤ / ٥ طبعة ١٣٤٧ هـ في فقه الحنابلة ما يفيد إطلاق لفظ العقد على التصرفات الانفرادية كالهبة والصدقة فقد جاء فيه :-

مناقشة الاتجاهين السابقين في تعريف العقد

إذا نظرنا إلى الاتجاهين السابقين في تعريف العقد نلاحظ أن التعريف الأول يشترط حتى يكون هناك عقد اجتماع إرادتين ، وعلى هذا فالتصرف الانفرادى أو الإرادة المنفردة لا يوجد معها عقد وذلك كالوقوف فإنه يتم بإرادة منفردة من المالك وحده دون أن يشاركه فيه شخص آخر وكذلك الطلاق المجرد عن المال ومثله العتق .

وهذا الاتجاه — كما هو واضح — يبدو مقبولا لأنه قريب من المعنى اللغوي لكلمة عقد وهو المعنى الحقيقي لمفهومه وكل شيء أقرب إلى الحقيقة^(١) كان أولى بما بعد عنها فإطلاق العقد على الطلاق المجرد عن المال هو إطلاق مجازي إذ لا ربط فيه .

أما التعريف الثاني فيطلق مدلول العقد على ما هو أعم من ذلك فيشمل التصرفات الصادرة عن إرادتين كما يشمل التصرفات الصادرة عن إرادة واحدة .

وعلى هذا الأساس وفي ضوء هذين الاتجاهين يمكن تعريف العقد بأنه :

« في صدد الكلام عن بيع المعاوضة » ولأن البيع مما تعم به البلوى فلو اشترط الإيجاب والقبول لبينه صلى الله عليه وسلم بيانا عاما ولم يخص حكمه ... وكذلك الحكم في الإيجاب والقبول في الهبة والهدية والصدقة لم ينقل عن النبي صلى الله عليه وسلم ولا عن أصحابه استعمال ذلك فيه ... ولو كان الإيجاب والقبول شرطاً في هذه العقود لشق ذلك » .

وجاء في المجموع شرح المذهب ج ٩ ص ٢٦١ في فقه الشافعية « في تصرف الفضولى في مال غيره بغير إذنه كما ذكرنا أن مذهبنا المشهور بطلانه ولا يقف على الإجازة وكذا الوقف والنكاح وسائر العقود » .

(١) جاء في كتاب الأمر في نصوص التشريع الإسلامى للاستاذ محمد سلام مذكور طابعة ١٣٨٧ هـ / ١٩٦٧ م في بيان معنى الحقيقة والمجاز « الحقيقة هي اللفظ المستعمل فيما وضع له في اصطلاح التخاطب ... وأهم مميزات الحقيقة تبادر معنى اللفظ إلى ذهن السامع من غير احتياج إلى قرينة وعدم سلب المعنى عما وضع له . ويعرف المجاز بأنه اللفظ المستعمل في غير ما وضع له في اصطلاح التخاطب مم (قرينة مانعة من إرادة المعنى الأصلي) .

« كل تصرف ينشأ عنه حكم شرعى سواء أكان صادراً من طرف واحد أم صادراً من طرفين متقابلين » .

فهذا التعريف بعمومه يتناول مدلول العقد بمعناه العام ومعناه الخاص .

المبحث الثاني

التعريف بالعقد في فقه القانون

العقد في فقه القانون لا يكون ولا يتم إلا بين طرفين . ويعرفونه بأنه « توافق إرادتين على إحداث أثر قانونى سواء أكان هذا الأثر لإنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه »^(١) ، وعلى ذلك لا تسمى الإرادة المنفردة في فقه القانون عقداً .

وقد عرف القانون المدنى الفرنسى للعقد في المادة ١١٠١ بأنه : « اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بإعطاء شيء أو بفعله أو بالامتناع عن فعله »^(٢) . وهذا التعريف يجمع بين تعريف كل من العقد والالتزام .

ولم يعرف المشرع في التقنين المدنى المصرى الحالى ولا القانون السورى ولا القانون الليبى العقد ، وذلك تجنباً للتعريفات الفقهيّة التي يحسن أن يترك

(١) انظر في إيراد هذا التعريف نظرية الالتزامات للأستاذ الدكتور السنهوري ص ٢٦ طبعة ١٩٣٨ ، وانظر له الوسيط ج ١ ص ١٣٨ طبعة ١٩٥٢ . وانظر أيضاً مصادر الالتزام للدكتور عبد المنعم فرج الصده ص ٥٠ طبعة ١٩٥٨ ، وانظر له أيضاً نظرية العقد في قوانين البلاد العربية ج ١ ص ٢٠ طبعة ١٩٥٨ .

(٢) انظر في هذا شرح القانون المدنى الفرنسى للأستاذ دى لامورانديير في الالتزامات ج ٢ فقرة ٥٥٦ ص ٣٠٧ طبعة ١٩٥٩ . وانظر أيضاً بلانيول وريبير وبولانيجي ج ٢ ص ١٥ طبعة ١٩٥٧ . وانظر كذلك مازو في الالتزامات ج ٢ ص ٤٧ طبعة ١٩٦٢ ، وجوسران في الالتزامات ج ٣ ص ٧ الطبعة الثانية ١٩٣٣ .

أمرها لاجتهاد الفقهاء^(١) .

وكان المشروع التهيدى للقانون المدنى المصرى الحالى قد أورد تعريفاً للعقد لم يفرق فيه بينه وبين الاتفاق فنصت المادة ١٢٢ من هذا المشروع على أن «العقد اتفاق ما بين شخصين أو أكثر على إنشاء رابطة قانونية أو تعديلها أو إنهائها» . وقد حذف هذا النص وذلك بحجارة لسياسة تشريعية هى تجنب الإكثار من التعريفات الفقهية^(٢) .

وأخيراً نشير إلى أن الشراح يفرقون بين الاتفاق والعقد ويعرفون الاتفاق^(٣) بأنه توافق إرادتين أو أكثر على إنشاء التزام أو نقله أو إنهائه وذلك كما فى عقد البيع ينشئ التزامات فى جانب البائع وأخرى فى جانب المشتري .

وقد يكون موضوع الاتفاق نقل التزام كما فى الحوالة^(٤) تنقل الحق من الدائن إلى شخص آخر يحل محله . كذلك قد يكون موضوع الاتفاق تعديل

(١) أما قانون الموجبات والعقود اللبنانى فقد أورد تعريفاً فرق فيه بين العقد والاتفاق فنص فى المادة ١٦٥ على أن «الاتفاق هو كل التام بين مشيئة وأخرى لإنتاج مفاعيل قانونية ، وإذا كان يرى لى إنشاء علاقات إلزامية سمي عقداً» . وعرفه المشرع فى التقنين المدنى العراقى فى المادة ٧٣ بقوله : «العقد عبارة عن ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره فى العقود عليه» . وقد نقل المشرع العراقى هذا التعريف عن المادة ٢٦٢ من مرشد الحيران .

(٢) انظر فى هذا مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ١٠/٩ .

(٣) انظر فى هذا نظرية العقد للأستاذ الدكتور السنهورى ص ٧٩ . وانظر فى شرح القانون المدنى الفرنسى بلانيول وريبير وبولانجيه ج ٢ ص ١٥ طبعة ١٩٥٧ . ويعرفه الدكتور محمود جمال الدين زكى فى دروس فى النظرية العامة للالتزامات ١٩٦٤/١٩٦٥ ص ٣٤ « بأنه تطابق إرادتين أو أكثر على إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو زواله وفى عبارة وجيزة تطابق إرادتين أو أكثر على ترتيب أثر قانونى » .

(٤) أنظر فى بيان حقيقة الحوالة رسالة فى حوالة الدين للأستاذ الدكتور عبد الودود يحيى القاهرة ١٩٥٧ م .

التزام موجود كالاتفاق على مد أجل الالتزام أو على إضافة شرط له . وقد يكون موضوعه أخيراً إنهاء التزام كالوفاء إذ هو اتفاق ينقضي به الدين بتقاضى الدائن إياه وكالإبراء فهو اتفاق ينتهى به الدين أيضاً بإبراء الدائن لذمة المدين (١) .

والعقد أخص من الاتفاق فهو توافق إرادتين على إنشاء التزام أو على نقله ، فكل عقد يكون اتفاقاً ، أما الاتفاق فلا يكون عقداً إلا إذا كان ملشئاً لالتزام أو ناقلاً له ، فإذا كان يعدل الالتزام أو ينهيه فهو ليس بعقد (٢) .

وبالمقارنة بين كل من فقهى الشريعة والقانون نجد أن تعريف العقد فى القانون يتفق مع ما ذهب إليه فقهاء الشريعة فى التعريف المشهور أو الشائع بينهم وهو الربط بين كلامين أو ما يقوم مقامهما على وجه يترتب عليه حكم شرعى ولا يتفق مع الاتجاه الآخر الذى يطلق مدلول كلمة العقد على كل تصرف سواء أكان صادراً من جانب واحد أم من الجانبين ، إذ أن الإرادة المنفردة لا تسمى فى فقه القانون عقداً .

(١) انظر فى هذا نظرية العقد للأستاذ الدكتور السهورى الطبعة الأولى ١٣٧٣ هـ

١٩٣٤ م س ٧٩ .

(٢) المرجع السابق فى نظرية العقد س ٨١ وانظر أيضاً الالتزامات للدكتور عبد الحى حجازى س ١٩ وهو يعرف العقد فى س ٢١ بأنه « توافق إرادتين أو أكثر بقصد إنشاء علاقة قانونية ذات طابع مالى » . وانظر أيضاً نظرية العقد فى قوانين البلاد العربية للدكتور عبد المنعم فرج الصدة ج ١ س ١٩ وفى شرح القانون المدنى الفرنسى دى لامورانديير س ٤٢ فى الالتزامات فقرة ٥٥٦ س ٣٠٧ طبعة ١٩٥٩ م .

الفصل الثاني

تقسيم العقد من حيث الصحة والبطالان

ينقسم العقد من هذه الناحية إلى صحيح وغير صحيح على تفصيل في ذلك .
ونتناول بيان هذا عند الحنفية وجمهور الفقهاء ثم نبين تقسيمه في فقه
القانون المدني .

المبحث الأول

العقد الصحيح وغير الصحيح في المذهب الحنفي

ذهب الحنفية إلى أن العقد ينقسم إلى قسمين : صحيح وغير صحيح .
وغير الصحيح إما باطل وإما فاسد وهذا ما سيأتي له مزيد من البيان .

المطلب الأول

العقد الصحيح

الصحة في اللغة ما يقابل المرض^(١) . أما في الاصطلاح فهي في
المعاملات ترتب آثار العقد المطلوبة منه عليه ، فالبيع المستجمع لأركانه
وشروطه صحيح لأن آثاره تترتب عليه ، فتنتقل الملكية من البائع إلى

(١) جاء في المصباح النير ج ١ ص ١٥١ الطبعة الأولى بالمطبعة العلمية ١٣١٥ هـ .
« كتاب الصاد - الصاد مع الماء وما يثلاثها - » الصحة في البدن حالة طبيعية تجري أفعالها معها
على الجرى الطبيعي وقد استعيرت الصحة للمعانى فقل صحت الصلاة إذا أسقطت القضاء وصح العقد
إذا ترتب عليه أثره وصح القول إذا طابق الواقع وصح الشيء يصح من باب ضرب فهو صحيح
والجمع صحاح مثل كرم وكرام والصحاح بالفتح لغة في الصحيح والصحيح الحق وهو خلاف
الباطل وصحته بالثقل فصح ورجل صحيح الجسد خلاف مريض وجمعه أصحاء مثل شديح
وأشحاء » .

المشتري في المبيع ، وتلتقل الملكية من المشتري إلى البائع في الثمن^(١) .
والعقد الصحيح هو ما كان مشروعاً بأصله ووصفه ويكون كذلك إذا
تحقق معناه وسلبت أركانه ومحله بأن يكون بصيغة سليمة واضحة الدلالة على
إرادة إنشائه وصادر من أهل له في محل قابل لحكمه ، ولم يعرض له من
الأوصاف ما يجعله منهيأ عنه شرعاً^(٢) . فإذا كان عقد بيع لزم لصدوره
صحيحاً أن يباشره شخصان يميزان بإيجاب وقبول متوافقين دالين على إنشائه

(١) جاء في كتاب الإحكام في أصول الأحكام للآمدى — مطبعة المعارف ١٣٣٢هـ / ١٩١٤م
ج ١ ص ١٨٦ — ١٨٧ : « وأما في عقود المعاملات فمعنى صحة العقد ترتب ثمرته المطلوبة منه عليه ،
ولو قيل للعبادة صحيحة بهذا التفسير فلا حرج ، ومن فسر صحة العقد بإذن الشارع في الانتفاع
بالعقد عليه فهو فاسد فإن البيم بشرط الخيار صحيح بالإجماع وإن لم يتحقق إذن الشارع بالانتفاع
بتقدير الفسخ قبل انقضاء المدة مع أنه لا يطرد هذا التفسير في صحة الصلاة وغيرها من العبادات ؛
وإن صح فالنزاع في أمر لفظي ولا بأس بتفسير كون العبادة مجزية بكونها مسقطاً لوجوب
القضاء وحيث لم تكن متصفة بكونها مجزية عند أدائها مع اختلال شرطها وسقوط القضاء بالموت
إنما كان لأنه لم يسقط القضاء بفعالها بل بالموت » . وانظر البحر الرائق ج ٦ ص ٧٥ . وفي شرح
التلويح على التوضيح ج ٢ ص ١٢٣ : « الصحيح ما استجمع أركانه وشرائطه بحيث يكون معتبراً
شرعاً في حق الحكم » . وانظر في معنى الصحة علم أصول الفقه للأستاذ عبد الوهاب خلاف
ص ١٤١ . والملكية ونظرية العقد للأستاذ الشيخ محمد أبي زهرة ص ٣٥٥ طبع ١٩٣٩م . وانظر
المدخل للفقه الإسلامي للأستاذ محمد سلام مذكور ص ٥٩٤ الطبعة الثانية ١٣٨٣هـ / ١٩٦٣م .
وانظر له أيضاً مباحث الحكم عند الأصوليين ص ١٥٥ / ١٥٧ طبع ١٩٦٠م . ونظرية الإباحة
عند الأصوليين والفقهاء ص ٨٣ فقد جاء فيها : « الصحة وصف للفعل الذي يقع من المكلف
فإن كان مستجمعاً لشرائطه انصف بالموافقة التي هي الصحة وإلا لم يتصف بها » . وانظر أيضاً
علم أصول الفقه للأستاذ محمد زكريا البردي ص ١١٤ / ١١٥ طبع ١٣٨١هـ / ١٩٦١م . وانظر
في معنى الصحة أصول الفقه الإسلامي للأستاذ زكي الدين شعبان ص ٢٤٢ الطبعة الثالثة ١٩٦٤م .
والمدخل لدراسة الفقه الإسلامي للأستاذ محمد مصطفى شلبي ص ٣٦٤ . الطبعة الأولى ١٣٧٦هـ /
١٩٥٦م

(٢) وعلى هذا نصت المادة ٢١٧ من مرشد الخيران فقالت : « العقد الصحيح الذي يظهر
أثره بانعقاده هو العقد المشروع ذاتاً ووصفاً والمراد عشرية ذاته ووصفه أن يكون صادراً
من أهله مضافاً إلى محل قابل لحكمه وأن تكون أوصافه صحيحة سالمة من الخلل وأن لا يكون
مقروناً بشرط من الشروط المفسدة » . وجاء في مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر ج ٢ ص ٣٩
طبع ١٣١٩هـ : « الصحيح هو ما كان مشروعاً بأصله ووصفه » . وفي نظرية الإباحة
عند الأصوليين والفقهاء للأستاذ محمد سلام مذكور ص ٨٤ : « يفرد الصحيح في كل ماهية
شرعية طلبها الشارع أمراً أو نهياً وقد استجتمت شرائط الصحة » .

في محل قابل لحكمه وهو المال المتقوم ، ولم يقتزن به توقيت ولا جهالة في المبيع ولا عدم تقويم في الثمن ، ولم يصاحبه ما يوجب غرراً أو يفضي إلى النزاع أو يؤدي إلى فقد شرط من شروط صحته مما جعله الشارع سبباً للنهي عنه .

والعقد الصحيح الذي لا نهى فيه ثلاثة :

نافذ لازم و نافذ ليس بلازم وموقوف^(١) .
ونتناول فيما يلي بيان كل نوع من هذه الأنواع .

البيع الأول

العقد النافذ اللازم

هو ما كان مشروطاً بأصله ووصفه ولم يتعلق به حق الغير ولا خيار فيه^(٢) . فإذا كان بطبيعته غير قابل للفسخ أو لأن يرجح فيه أحد العاقلين بإرادته وحده ، ولم يكن فيه خيار من الخيارات كخيار الشرط وخيار الرؤية وخيار العيب فإنه ينعقد صحيحاً نافذاً لازماً فيلتج جميع الآثار التي تترتب عليه ويلزم كلا من المتعاقدين بحيث لا يجوز الرجوع فيه إلا إذا اتفقا على التقليل منه^(٣) .

(١) انظر في بيات ذلك : البحر الرائق لابن نجيم ج ٦ ص ٧٥ « باب البيع الجائر أو الصحيح » .

(٢) انظر البحر الرائق لابن نجيم ج ٦ ص ٧٥ . وجاء في البدائم للسكاساني ج ٥ ص ٢٢٨ : « وأما شرائط لزوم البيع بعد انعقاده ونفاذه وصحته فواحد هو أن يكون خالياً عن خيارات أربعة : خيار التعيين وخيار الشرط وخيار العيب وخيار الرؤية فلا يلزم مع أحد هذه الخيارات » . وفي شرح التوضيح على التنقيح ج ٢ ص ١٢٣ : « ثم النفاذ وهو ترتب الأثر عليه كالمالك فيبيع الفضولي منقداً لا نافذاً ، ثم اللزوم كونه بحيث لا يمكن رفعه » . وجاء في رد المختار لابن عابدين ج ٤ ص ٦ طبعة ١٣٢٥ هـ : « وأما الرابح وهو شرائط اللزوم بعد الانعقاد والنفاذ فخلوه من الخيارات الأربعة المشهورة » .

(٣) جاء في البدائم للسكاساني ج ٥ ص ٣٠٦ : « ونوع لا يرتفع إلا بالإفالة وهو حكم كل بيع لازم وهو البيع الصحيح الحالي عن الخيارات ، والإفالة رفع العقد » .

وقد نصت المادة ١١٤ من مجلة الأحكام العدلية على أن : « البيع اللازم هو البيع النافذ العارى عن الخيارات » .

والأصل في العقود الصحيحة أن تكون نافذة لازمة لا موقوفة ولا غير لازمة ومن العقود اللازمة ما لا يقبل الفسخ كالنكاح والخلع ، فإن النكاح إذا انعقد ، انعقد لازماً لا يقبل الفسخ ، فلا يمكن للعاقدين أن يتراضيا على فسخه ومثله الخلع إذا انعقد لا يستقل أحد العاقدين بفسخه وإذا تراضيا على فسخه لا يفسخ ، وقد يقال إن النكاح غير لازم بالنسبة للزوج لأنه يملك التخلص منه بالطلاق ؟ والجواب عن ذلك أن الطلاق ليس فسخاً للنكاح بل هو لإنهاء له ووضع حد لآثاره إذ الفسخ يأتي على أصل العقد فيصير به العقد كأن لم يكن كالمبتاعين إذا تقايلا البيع . وهذه العقود اللازمة التي لا تقبل الفسخ لا تدخلها الخيارات لأن الخيار معناه أن يكون لأحد العاقدين الحق في فسخ العقد وذلك ينافي بطبيعة هذه العقود ، ولأن الخيار من شأنه أن يجعل أحد العاقدين غير ملزم بالتزامات العقد^(١) .

(١) انظر في هذا أحكام المعاملات الشرعية للأستاذ الشيخ علي الحقيف ص ٣٥٧ الطبعة الثالثة ١٣٦٦هـ / ١٩٤٧م ، وانظر الملكية ونظرية العقد للأستاذ محمد أبي زهرة ص ٣٦٧/٣٦٨ ، وانظر المدخل لفقهِ الإسلامى للأستاذ محمد سلام مذكور ص ٥٩٤ الطبعة الثانية ١٣٨٣هـ / ١٩٦٣م . والأحكام الإسلامية في الأحوال الشخصية للأستاذ محمد زكريا البرذيسى ص ١١٨ الطبعة الأولى ١٩٦٦م في بيان معنى الزواج اللازم . وانظر المدخل لدراسة الفقهِ الإسلامى للأستاذ محمد مصطفى شلبي ص ٣٧٠ .

الفرع الثاني

العقد النافذ غير اللازم

هو ما لم يتعلق به حق الغير وفيه خيار^(١).

والأصل أن العقد الذى ينعقد صحيحاً نافذاً لا يجوز لأحد العاقدين أن يرجع فيه بإرادته المنفردة ، ولكن هناك عقوداً تقبل بطبيعتها أن يرجع فيها أحد العاقدين دون توقف على إرادة العاقد الآخر كالوكالة والشركة والهبة والوديعة والعارية والرهن والكفالة فهذه العقود غير لازمة بطبيعتها.

ومن العقود ما يكون لأحد العاقدين أن يرجع فيها وهذه العقود تقبل الفسخ بتراضى طرفيها وهى عقود المعاوضات المالية كالبيع والإجارة ، وهى تصير غير لازمة إذا ما اشترط فيها خيار من الخيارات كخيار الشرط . فإذا وجد فيها خيار لأحد العاقدين استطاع بإرادته وحده أن يرجع فى العقد ويكون العقد حينئذ غير لازم .

وقد نصت المادة ١١٥ من مجلة الأحكام العدلية على أن : « البيع غير اللازم هو البيع النافذ الذى فيه أحد الخيارات » . ونصت المادة ٣٧٦ على أنه : « إذا كان البيع غير لازم كان حق الفسخ لمن له الخيار » . ونحن نخلص من ذلك أن العقد يكون نافذاً غير لازم :

١ - إذا كان بطبيعته قابلاً لأن يرجع فيه أحد العاقدين بإرادته وحده دون توقف على رضا الآخر .

(١) انظر البحر الرائق لابن نجيم ج ٦ ص ٧٥ . وفى البدائع ج ٥ ص ٣٠٦ : « البيع غير اللازم هو الذى يقوم بنفسه أحد العاقدين وهذا حكم كل بيع غير لازم كالبيع الذى فيه أحد الخيارات الأريم » .

٢ — إذا كان فيه خيار من الخيارات المعروفة^(١).

الفرع الثالث

العقد الموقوف

بيدنا فيما سبق أن العقد الصحيح هو ما كان مشروعاً بأصله ووصفه وذلك إسلامته أركانه وصفاته جميعاً ، فإذا كان صادراً من مالك أهل للاستقلال بصدور العقد كالحرة البالغ العاقل أو من غير مالك لكن له ولاية إصداره كالولي والوصي والوكيل كان نافذاً .

وإن كان صادراً من مالك غير أهل للاستقلال بصدوره كالصبي المميز في عقود المعاوضات المالية أو كان صادراً من غير ذى ولاية شرعية كالفضولي ، أو في مال تعلق به حق الغير كبيع المرهون كان العقد موقوفاً .

وإلى هذا ذهب الحنفية والمالكية وكذا الشافعية في المذهب القديم ، وفي إحدى الروايتين عند الحنابلة والشيعة الإمامية والزيدية والإباضية . فهم يقولون بأنه يجب أن يكون للعاقد ولاية على محل العقد ولاية على نوع التصرف فالولاية على محل العقد تكون بأن يثبت للعاقد حق الملك في هذا المحل أو النيابة عن المالك ولا يتعلق بالمحل حق للغير ، فإذا لم تكن له الولاية على المحل أو تعلق به حق للغير انعقد موقوفاً على الإجازة ، وأما الولاية على التصرف فتسكون باستكمال العاقد للتقدير الواجب من التمييز حسب نوع التصرف الذي يباشره ، فتصرفات الصبي المميز الدائرة

(١) انظر الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية للأستاذ محمد أبي زهرة من ٣٦٨ ، والمعاملات للشيخ علي الحقيف من ٣٥٧ — ٣٥٨ ، والدخول للفقهاء الإسلاميين للأستاذ محمد سلام مذكور من ٥٩٤ . وانظر أيضاً للدخول لدراسة الفقهاء الإسلاميين للأستاذ محمد مصطفى شلبي من ٣٧١ .

بين النفع والضرر تنعقد موقوفة على الإجازة من يملكها من ولي أو وصى فالولاية عندهم شرط في النفاذ لا شرط في الانعقاد .

وقد نصت المادة ٢١٦ من مرشد الحيران على أنه : « إذا انعقد العقد موقوفاً غير نافذ بأن كان العاقد فضولياً تصرف في ملك غيره بلا إذنه أو كان العاقد صديقاً يميزاً فلا يظهر أثره ولا يفيد ثبوت الملك إلا إذا أجازاه المالك في الصورة الأولى والولى أو الوصى في الصورة الثانية ووقعت الإجازة مستوفية شرائط الصحة » (١) .

وذهب الشافعية في المذهب الجديد والحنابلة والشيعة الإمامية والزيدية والإباضية في الرواية الأخرى عندهم ، وكذا أهل الظاهر إلى أن العقد الموقوف يعتبر عقداً باطلاً لأنهم يجعلون الولاية من شروط الانعقاد لا من شروط النفاذ (٢) .

والعقد الصحيح النافذ تترتب عليه آثاره في الحال . أما العقد الصحيح الموقوف فإن حكمه يتراخى إلى وقت إجازته ، فإن أجزى لإجازة معتبرة شرعاً نفذ وترتبت عليه آثاره وإن رُفض من له حق الإجازة لإجازته بطل ، وسيوضح ذلك كله من دراستنا في هذه الرسالة .

(١) انظر كذلك المادة ٣٣٤ من مرشد الحيران والمادة ١١١ من مجلة الأحكام العدلية .

(٢) انظر في بيان حقيقة العقد الموقوف وآراء الأئمة بالتفصيل الباب الأول من القسم الأول من هذه الرسالة . وانظر في بيان معنى العقد الصحيح الموقوف المدخل لفقهاء الإسلامى للأستاذ محمد سلام المذكور ص ٥٩٥ . وانظر له أيضاً أحكام الأسرة في الإسلام في الزواج الموقوف ص ٩٦ — ٩٧ . وانظر الأحكام الإسلامية في الأحوال الشخصية للأستاذ محمد زكريا البرديسي ص ١٢٨ — ١٢٩ الطبعة الأولى « في بيان أحكام الزواج الموقوف » .

المطلب الثاني

العقد غير الصحيح

يقسم الأحناف العقد غير الصحيح إلى باطل وفاسد ، وسلبين فيما يلي حقيقة كل منهما .

الرفع الأول

البطلان

الباطل في اللغة ضد الحق . يقال بطل الشيء يبطل بطلا وبطولا وبطلاناً بضم الأوائل فسد أو سقط حكمه فهو باطل^(١) . وفي الاصطلاح العقد الباطل ما لا يكون مشروعاً لا بأصله ولا بوصفه^(٢) ، فإذا كان العاقد مجنوناً أو صدياً غير مميز فإن العقد يبطل لفوات ركن من أركانه ولا يصلح لأن يترتب عليه أثر من آثاره لأنه معدوم شرعاً . والقاعدة أن العلة إذا انعدمت لم يكن لها أثر ، وهي تدور مع المعلول وجوداً وعدماً^(٣) . ومن ثم فلا تلاحقه الإجازة وبهذا يتميز عن العقد الموقوف الذي ترد عليه الإجازة .

(١) جاء في المصباح المنير (الباء مع الطاء وما يثلاثها) ج ١ ص ٢٦ مطبعة ١٣١٥ هـ « بطل الشيء يبطل بطلاً وبطولاً بضم الأوائل فسد أو سقط حكمه فهو باطل وجمعه بواطل وقيل يجمعه أباطيل على غير قياس ، وقال أبو حاتم الأباطيل جمع أبطلوة بضم الهمة وقيل جمع إبطالة بالكسر ويتمدى بالهمة فيقال أبطلته وذهب دمه بطلاً أى هدرأ وأبطل بالالف جاء بالبطل » .

(٢) انظر البحر الرائق لابن نجيم ج ٦ ص ٧٥ ، وتبيين الحقائق لازيلى ج ٤ ص ٤٤ وفي شرح التلويح على التوضيح ج ٢ ص ١٢٣ : « الباطل ما كان فائت المعنى من كل وج مع وجود الصورة ، إما لانعدام معنى التصرف كبيع الميتة والدم أو لانعدام أهلية المتصرف كبيع الصبي والمجنون » .

(٣) انظر في تعريف العلة وشروطها علم أصول الفقه للأستاذ محمد زكريا البرديس ص ٢٥٧ وما بعدها مطبعة ١٩٦١ م .

وقد نصت على تعريف العقد الباطل المادة ٢١٩ من مرشد الحيران
فقلت : « العقد الباطل هو ما ليس مشروعاً ولا أصلاً ولا وصفاً أى ما كان
في ركنه أو في محله خلل بأن كان الإيجاب والقبول صادرين من ليس أهلاً
للعقد أو كان المحل غير قابل لحكم العقد وهو لا ينعقد أصلاً ولا يفيد
الملك في الأعيان المالية ولو بالقبض » (١).

الفرع الثاني

الفساد

الفاسد له معنيان : لغوى واصطلاحي : فالأول : فسد كمنصر وعقد
وكرم فساداً وفسوداً ضد صلح فهو فاسد ولم يسمع انفسد والفساد أخذ
المال ظلماً والجذب والمفسدة ضد المصلحة (٢) : والثاني : ما كان مشروعاً
بأصله لا بوصفه (٣) . فالخلل في العقد الفاسد يرجع إلى وصف من أوصافه

(١) انظر كذلك المادة ٣٣٨ من مرشد الحيران باب البيع والمادتين ١١٠ ، ٣٦٢ من مجلة الأحكام العدلية . وانظر في بيان حقيقة العقد الباطل البدائم للكسائي ج ٥ ص ٣٣٥ وانظر علم أصول الفقه للأستاذ عبد الوهاب خلاف ص ١٤٢ . والمكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية للأستاذ محمد أبي زهرة ص ٣٦٤ طبعة ١٩٣٨ م ، والمدخل للفقه الإسلامي للأستاذ محمد سلام مذكور ص ٥٩٦ ، وعلم أصول الفقه للأستاذ محمد زكريا البرديسي ص ١١٥ ، وانظر له أيضاً الأحكام الإسلامية في الأحوال الشخصية الطبعة الأولى ص ١٢٦ وانظر في معنى البطلان أصول الفقه الإسلامي للأستاذ زكي الدين شعبان ص ٢٤٢ . والمدخل لدراسة الفقه الإسلامي للأستاذ محمد مصطفى شلي ص ٣٦٥ .

(٢) جاء في المصباح النير ج ٢ ص ٥٦ « كتاب الفاء مع السين وما يثلمها طبعة ١٣١٦ هـ : « فسد الشيء يفسد فسوداً من باب قعد فهو فاسد والاسم الفساد . . . والمفسدة خلاف المصلحة والجزم المفسد » .

(٣) انظر البحر الرائق لابن نجيم ج ٦ ص ٧٤ والبدائع ج ٥ ص ٣٠٤ وتبيين الحقائق لازيلى ج ٤ ص ٤٥ ، وانظر المدخل للفقه الإسلامي للأستاذ محمد سلام مذكور ص ٥٩٧ الطبعة الثانية وانظر له مباحث الحكم عند الأصوليين ص ١٥٧ - ١٥٩ . وانظر علم أصول الفقه للأستاذ محمد زكريا البرديسي ص ١١٥ طبعة ١٩٦١ ، وانظر له أيضاً الأحكام الإسلامية في الأحوال الشخصية في بيان معنى الزواج الفاسد ص ٢٣ الطبعة الأولى ١٩٦٦ م وانظر في معنى الفساد أصول الفقه الإسلامي للأستاذ زكي الدين شعبان ص ٢٤٣ .

أو شرط من شروطه لا إلى ركن من أركانه وذلك كالبيع بضمن مجهول .

وقد عرفته المادة ٢١٨ من مرشد الخيران بقولها : « العقد الفاسد هو ما كان مشروعاً بأصله لا بوصفه أى أنه يكون صحيحاً باعتبار أصله لا خلل في ركنه ولا في محله فاسداً باعتبار بعض أوصافه الخارجة بأن يكون المعقود عليه أو بدله مجهولاً جهالة فاحشة أو يكون مقروناً بشرط من الشروط الموجبة لفساد العقد ، والعقد الفاسد لا يفيد الملك في المعقود عليه إلا بقبضه برضا صاحبه » (١) .

والعقد الفاسد تترتب عليه بعض الآثار دون بعض ففي البيع يثبت الملك للمشتري في المبيع إذا قبضه بإذن البائع صراحة أو دلالة ولا يثبت له حق الانتفاع بالمبيع لأن هذا الملك ملك خبيث (٢) .

والعقد الفاسد كالعقد الباطل لا ترد عليه الإجازة كما ترد على العقد الموقوف ، ومن ثم فإنه يعتبر متميزاً عنه ، فالفساد شيء والوقف شيء آخر ، ويجب على كل من المتعاقدين فسخه ولا يلتقل الملك فيه قبل القبض ، والفسخ مشروط بشرطين :

أولهما : بقاء المعقود عليه على ما كان عليه قبل القبض ، فلو تغير شكله بأن كان قمحاً فطحنه ، أو دقيقاً فخبزه ، أو هلك أو استهلك ، فإنه يمتنع الرد وإن كان الإثم باقياً .

ثانيهما : عدم تعلق حق الغير به فلو باعه لآخر بيعاً صحيحاً أو وهبه أو تصدق به وقبضه الموهوب له أو المتصدق عليه أو وقفه أو رهنه امتنع عليه الرد في هذه الصور (٣) .

(١) انظر في نفس المعنى المادتين ١٠٩ ، ٣٦٤ من مجلة الأحكام العدلية .

(٢) انظر البدائع ج ٥ ص ٣٠٠ .

(٣) انظر البدائع ج ٥ ص ٣٠٠ وانظر المدخل لدراسة الفقه الإسلامى للأستاذ محمد

مصطفى شاوي ص ٣٦٦ م .

هذا ، وتقسم العقد إلى باطل وفاسد وصحيح عند الحنفية غير ممكن إلا في المعاملات^(١) ، أما في العبادات فلا تكون إلا صحيحة أو باطلة والفاسد منها يكون مرادفاً للبطل ، لأنها قربات خالصة والنهي عصيان ولا يتصور اجتماع نية القربة مع نية العصيان فالفساد منها يكون في حكم الباطل^(٢) .

ونبين فيما يلي رأى الجمهور بالنسبة لتقسيم العقد من حيث الصحة والبطلان .

المبحث الثانى

أقسام العقد عند الجمهور

ذهب الأئمة الثلاثة مالك^(٣) والشافعى^(٤) وأحمد^(٥) ، كما ذهب أهل

(١) جاء في البدائع للكاسانى ج ٥ ص ٢٩٩ : « وقال الشافعى رحمه الله لا حكم للبيع الفاسد فالبيع عنده قسمان جائز وباطل لا ثالث لهما ، والفاسد والباطل سواء ، وعندنا الفاسد قسم آخر وراء الجائز والباطل » . وانظر في نفس المعنى فتح القدير ج ٥ ص ٢٢٧/٢٢٩ والبحر الرائق لابن نجيم ج ٦ ص ٩١ ، والزيلعى ج ٤ ص ٦٢-٦٤ .

(٢) جاء في الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٨٥ طبعة ١٢٩٨ هـ : « الباطل والفاسد عندنا في العبادات مترادفان . وأما في البيع فتباينان ، فباطله مالا يكون مشروعاً بأصله ووصفه ، وفاسده ما كان مشروعاً بأصله دون وصفه » . وانظر أيضاً أحكام المعاملات الشرعية للأستاذ الشيخ على الخفيف ص ٣٥٦ الطبعة الثالثة ١٣٦٦ هـ/١٩٤٧ م . وانظر الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية للأستاذ الشيخ محمد أبى زهرة ص ٣٦١ ، والمدخل للفقهاء الاسلامى للأستاذ محمد سلام مذكور صفحة ٥٩٧ ، ومباحث الحكم عند الأصوليين ص ٩١ طبعة ١٩٦١ م ، وعلم أصول الفقه لأستاذنا محمد زكريا البرديسى ص ١١٥ .

(٣) جاء في حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ٣ ص ٥٣ : « اعلم أن النهى عن الشيء إما لذاته كالدّم والخنزير أو لوصفه كالخمر وهو الإسكار أو لخارج عنه لازم كصوم يوم العيد لأن صومه يستلزم الإعراض عن ضيافة الله ، فإن كان النهى لواحد مما ذكر كان مقتضياً للفساد ، وإن كان النهى عن الشيء لخارج عنه غير لازم كالصلاة في الدار المنصوية فلا يقتضى الفساد » .

(٤) جاء في كتاب الإحكام في أصول الأحكام للآمدى ج ١ ص ١٨٧ : « وأما الفاسد فرادف للبطل عندنا وهو عند أبى حنيفة قسم ثالث مغاير للصحيح والباطل » .

الظاهر^(١) إلى أن العقد ينقسم قسمين فقط صحيح وباطل ، وإن شئت قلت صحيح وفاسد فلا فرق في المعنى بين الباطل والفاسد فهما مترادفان عندهم متباينان عند الحنفية ، لأن جمهور الفقهاء لا يفرقون بين الخلل في الأصل والخلل في الوصف ، كما ذهب الأحناف إذ فرقوا بينهما ورتبوا على الخلل في الأصل بطلان العقد ورتبوا على الخلل في الوصف فسادة . أما عند الجمهور فالعقد غير الصحيح لا يتنوع . فكل فعل أو عمل خالف أمر الشارع وطلبه سواء أ كانت المخالفة راجعة إلى حقيقة الفعل وذاته أم إلى صفة من صفاته ، فبيع الجنين في بطن أمه وبيع الحر والميتة والبيع بشئ مؤجل إلى وقت مجهول جهالة فاحشة كهبوب الريح أو نزول المطر وبيع ما لا يقدر البائع على تسليمه كل ذلك باطل أو فاسد عندهم وحكمهما هو عدم الانعقاد وانتفاء الآثار والأحكام التي وضع العقد في الشرع لإفادتها .

= وفي المجموع للنووي ج ٩ ص ١٤٥ : « كتاب البيوع » : « أجمعت الأمة على أن التصرف في المال بالباطل حرام سواء كان أكلاً أو بيعاً أو هبة أو غير ذلك ... قال أهل المعاني الباطل اسم جامع لكل ما يحل في الشرع كالربا والنصب والسرقة والخيانة وكل محرم ورد به الشرع » . وجاء في الأشباه والنظائر للسيوطي في قواعد وفروع الشافعية ص ٧٧ « كتاب البيع » البيع أقسام : صحيح قولاً واحداً وفاسد قولاً واحداً » .

= (٥) جاء في المعنى والشرح الكبير ج ٤ ص ٥٦ طبعة ١٣٤٧ هـ : « ومتى حكمنا بفساد العقد لم يثبت به ملك سواء اتصل به القبض أولاً ولا ينفذ تصرف المشتري فيه ببيع ولا هبة ولا عتق ولا غيره وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يثبت الملك فيه إذا اتصل به القبض وللبائى الرجوع فيه » .

(١) جاء في المحلى لابن حزم ج ٨ ص ٤٢١ مسألة رقم ١٤٤٦ : « كل من باع بيعاً فاسداً فهو باطل ولا يملك المشتري وهو باق على ملك البائى وهو مضمون على المشتري إن قبضه ضمان النصب ... والتمن مضمون على البائى إن قبضه ولا يصححه طول الأزمان ولا تغير الأسواق ولا فساد السلعة ولا ذهابها ولا موت المتبايعين أصلاً والملك إما صحيح وإما غير صحيح » . ويقول في الرد على الحنفية في قولهم بفكرة العقد الفاسد في نفس الموضوع : « وإذا أقر الحنفية بأن الملك فاسد فقد قال تعالى : « والله لا يحب الفساد » . فلا يحل لأحد أن يحكم بإلغاء ما لا يحبه الله عز وجل قال تعالى : « إن الله لا يصلح عمل المفسدين » .

وجمهور الفقهاء يذهبون إلى أن كل عقد استكمل أركانه وشروطه على وجه تترتب عليه آثاره الشرعية إثر تمامه يعتبر عقداً صحيحاً ولا خلاف بينهم وبين الحنفية في ذلك ، فالصحة عندهم جميعاً سواء في العبادات أو المعاملات لا خلاف فيها فهي ترتب الآثار الشرعية على التصرف .

ويعتبر العقد الموقوف عقداً باطلاً عند الشافعية على المذهب الجديد وكذا عند أهل الظاهر ، وفي إحدى الروايتين عند الحنابلة والشيعة الإمامية والزيدية والإباضية . فهم لا يقرون العقد إذا صدر ممن ليست له ولاية إصداره كبيع الفضولي وإجارته وهبته فيجعلونها عقوداً باطلة أو فاسدة على معنى الفساد أو البطلان عندهم ولا تصححها بإجازة من له الحق في الإجازة من ولي أو وصي أو مالك . أما عند المالكية فهم يقرون عقد الفضولي فيجعلونه صحيحاً موقوفاً على إجازة ذي الشأن فإن أجازته نفذ وإلا بطل وكذلك يقرون تصرفات الصبي المميز في التصرفات المترددة بين النفع والضرر فيجعلونها أيضاً موقوفة على إجازة الولي أو الوصي أو إجازة الصبي نفسه بعد بلوغه وستبين هذا تفصيلاً فيما سيأتي (١) :

مرجع الخلاف بين الحنفية والجمهور

إن من يتأمل يجد أن مرجع الخلاف بين الحنفية والجمهور هو ورود بعض النصوص في النهي عن العقود ، ومنها أن الرسول صلى الله عليه وسلم قد نهى عن بيع الغرر ، كما نهى عن بيع المعدوم وقال : « لا تشتروا السمك في الماء فإنه غرر » (٢) ونهى عن بيع الميتة والخمر والتحذير إلى غير ذلك من

(١) انظر في بيان ذلك آراء الفقهاء في مكانة العقد الموقوف بين العقود الصحيحة وغير الصحيحة الباب الأول من القسم الأول من هذه الرسالة .

(٢) جاء في فتح الباري بشرح صحيح البخاري ج ٤ ص ٢٨٤ طبعة ١٣٤٨ هـ : « فشرأ السمك في الماء نوع من أنواع الغرر ويلتحق به الغير في الهواء والمعدوم والمجهول والابق وغير ذلك ، قال النووي « النهي عن بيع الغرر أصل من أصول البيوع » .

النصوص العديدة . وبالتأمل في هذه النصوص نجد أن النهى في بعضها قد يكون مرجعه إلى ما في أحد أركان العقد من الخلل كما في النهى عن بيع الخمر والخنزير فإن هذه الأشياء ليست مالا متقوماً ، وفي بعضها الآخر نجده راجعاً إلى وصف ملازم للعقد كما في النهى عن بيع الغرر ومن هنا اختلف الفقهاء في أثر هذا النهى : فذهب الجمهور إلى أن النهى مطلقاً يقتضى عدم وجود العقد شرعاً ويستوى في هذا أن يكون النهى عن أصل العقد أو عن وصفه . أما الحنفية فقد فرقوا بين أمرين فقالوا : إن النهى إن كان راجعاً إلى أصل العقد ، بأن كان الخلل في العاقد أو في محل العقد أو في الصيغة اقتضى الأمر بطلان العقد فلم يكن له وجود شرعاً . ولا يترتب عليه أى أثر من الآثار ، وإن كان النهى لوصف ملازم له اقتضى ذلك بطلان هذا الوصف ولا يتعدى البطلان إلى أصل العقد ، لأنه صدر من أهله في محله فيكون العقد فاسداً .

وقد احتج الجمهور في عدم التفريق بين العقد الباطل والعقد الفاسد بأن نهى الشارع عن عقد يقتضى عدم وجوده شرعاً ، فإذا أقدم عليه إنسان فأنشأه مخالفاً بذلك أمر الشارع لم يكن ما أتاه عقداً في نظره ولم يكن له وجود في اعتباره وحكمه ، لأن الحرام لا يصلح سبباً لثبوت الملك فكل من العقد الباطل والفاسد منهى عنه شرعاً ، والنهى عنه حرام وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم : « كل عمل ليس عليه أمرنا فهو رد ومن أدخل في ديننا ما ليس منه فهو رد »^(٢) فيستوى في هذا أن يكون النهى عن أصل العقد أو عن وصفه^(١) .

(١) انظر في بيان حقيقة النهى عند جمهور الفقهاء الإحكام في أصول الأحكام للآمدي ج ٢ ص ٢٧٥ وما بعدها . وانظر الدسوقي على الشرح الكبير ج ٣ ص ٤٧ . وانظر أيضاً أحكام المعاملات الشرعية للأستاذ الشيخ على الحقيف ص ٣٥٢ ، طبعة ١٩٤٧ م . والملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية للأستاذ الشيخ محمد أبى زهرة ص ٣٥٥ وما بعدها . والمدخل للفقه الاسلامي للأستاذ محمد سلام مذكور ص ٥٩٨ - ٥٩٩ .

(٢) انظر في هذا الجامع الصغير من حديث البشير النذير للحافظ جلال الدين عبد الرحمن ابن أبى بكر السيوطي ج ٢ ص ٥٣٩ مطبعة مصطفى محمد بمصر .

الرأى الذى نرجحه

لماذا نظرنا إلى تقسيم العقد غير الصحيح عند كل من الأحناف وجمهور الفقهاء نجد أن رأى الحنفية إنما ينم عن الدقة ، فهم لا يجعلون الخلل فى الأصل كالخلل فى الوصف إذ هما لا يستويان ويرتبون على الأول البطلان وعلى الثانى الفساد وهى مرتبة لا نظير لها عند جمهور الفقهاء ولا فى القوانين الوضعية .

وفى هذا يقول الأستاذ الدكتور السنهورى^(١) : «فإنجاد مرتبة من البطلان هى مرتبة العقد الفاسد متميزة كل التميز عن مرتبة العقد الباطل هو فى ذاته كسب كبير فى الصناعة الفقهية وإذا كانت هذه المرتبة لا يحتاج إليها الآن الفقه الغربى بعد تطوره فلا نلسى أنها فى ذاتها عامل من العوامل الهامة فى تطور أى فقه والاستغناء عنها بعد أن تؤدي مهمتها لا يدل إلا على خطر هذه المهمة ، ولم تتابع المذاهب الأخرى الفقه الحنفى فى تمييز العقد الفاسد عن العقد الباطل بل خلطت بين النوعين فأصبح الغرر والربا والشرط كلها أسباباً لبطلان العقد ، ولا يتميز فى البطلان عقد باشره مجنون وعقد اقترن بشرط نافع لأحد العاقدين » .

(١) انظر فى هذا مصادر الحق فى الفقه الإسلامى للأستاذ الدكتور السنهورى ج ٤ ص ٣٠٠ طبعة ١٩٥٧ م .

المبحث الثالث

تقسيم العقد في القانون المدني

العقد في القانون إما صحيح وإما باطل ، والباطل إما أن يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً أو باطلاً بطلاناً نسبياً^(١) .

فالعقد الصحيح هو ما توافرت فيه أركانه وشروطه جميعها ، وكان العاقد كامل الأهلية ورضاءه غير معيب ، ومن ثم فإن آثاره تترتب عليه فور انعقاده ، وهو في هذا لا يختلف في مضمونه عما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية .

أما العقد الباطل بطلاناً مطلقاً^(٢) فهو ما انعدم فيه ركن من أركانه ، أو فقد شرطاً من شروط المحل أو السبب ، فإذا انعدم فيه الرضا وذلك بفقد التمييز مثلاً بأن كان العاقد مجنوناً أو صديقاً غير عيز أو لم يوافق القبول فيه الإيجاب أو كان محل العقد مستحيلاً أو انعدم فيه السبب أو كان غير مشروع . ففي جميع هذه الحالات يعتبر العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً .

(١) ويلاحظ أن التفرقة بين العقد الباطل بطلاناً مطلقاً والعقد الباطل بطلاناً نسبياً لم يكن لها وجود في القانون الروماني في العصر العباسي فهو لا يعترف إلا بنوع واحد من البطلان هو البطلان المطلق فالعقد إما صحيح وإما باطل ، وحينئذ تم اندماج قواعد القانون المدني والقانون البريتوري في نظام قانوني موحد في عهد جستنيان ظهرت فكرة العقد الباطل بطلاناً مطلقاً والعقد القابل للإبطال أو الباطل بطلاناً نسبياً (انظر في بيان ذلك بين الشريعة الإسلامية والقانون الروماني من ١٨١ — ١٨٢ للدكتور صوفي حسن أبو طالب) .

(٢) ويتميز البطلان عن الفسخ : فالبطال يرجع إلى خلل في تكوين العقد ، أما الفسخ فيفترض فيه أن العقد نشأ صحيحاً مستوفياً لكل شروطه ، ثم يحصل بعد ذلك أن أحد المتعاقدين لا يقوم بتنفيذ التزامه فيجيز هذا المتعاقد الآخر أن يتحلل من التزامه بطلب الفسخ ولذلك لا يكون الفسخ إلا في العقود للزمة للجائين (انظر في هذا الوسيط للأستاذ الدكتور الصنهوري من ٤٨٨ ورسالة الدكتور طي حسن الذنون في النظرية العامة للفسخ من ٣٣ وما بعدها طبعة ١٣٦٤ هـ / ١٩٤٦ م ، والالتزامات للدكتور سليمان مرقس من ٣٢٩ وما بعدها طبعة ١٩٦٠ م) .

والعقد الباطل لا تلحقه الإجازة لأنه معدوم ولكن يجوز عمله من جديد ، والدفع بالبطلان لا يسقط بالتقادم ولكن دعوى البطلان تسقط بمضى خمس عشرة سنة من وقت العقد (م ١٤١ / ٢ مدنى مصرى) ويتمسك بالبطلان المطلق كل من له مصلحة فى ذلك .

أما العقد القابل للإبطال أو الباطل بطلاناً نسبياً فهو ما استوفى أركانه ولكن تخلف فيه شرط من شروط الصحة وهو يلتج جميع آثاره إنما يكون لمن شرع البطلان لمصلحته أن يطلب لإبطال العقد ، وإذا تقرر البطلان زال العقد بأثر رجعى وكأنه لم يكن ، فإذا كان العاقد ناقص الأهلية لصغر سنه أو للحجر بسبب السفه أو الغفلة أو كان الرضاء مشوباً بغيب من عيوب الإرادة كالغلط والتدليس والإكراه والاستغلال كان العقد قابلاً للإبطال أو باطلاً بطلاناً نسبياً .

والعقد القابل للإبطال خلافاً للعقد الباطل تلحقه الإجازة كما يرد عليه التقادم ويتمسك ببطلانه من شرع الإبطال لمصلحته كتناقص الأهلية ومعيب الإرادة^(١) .

وفى التقنين المدنى العراقى قسم المشرع العقد إلى صحيح وباطل ونص على العقد الباطل فى المادة ١٣٧ منه بقوله : « الباطل هو ما لا يصح أصلاً باعتبار ذاته أو وصفاً باعتبار بعض أوصافه الخارجة » . ثم أورد حكمه فى المواد من ١٣٨ إلى ١٤١ . فهو بهذا قد سوى بين باطل العقد وفاسده كما ذهب إلى ذلك جمهور الفقهاء من غير الحنفية .

(١) انظر فى تفصيل الموضوع وبيان تقسيم العقد إلى باطل ومنعدم وباطل بطلاناً نسبياً الوسيط للأستاذ الدكتور السنهورى ج ١ ص ٤٨٩ - ٤٩١ طبعة ١٩٥٢م ، وانظر فى إبطال العقد المواد ١٣٨ ، ١٣٩ ، ١٤٠ مدنى مصرى وفى بطلان العقد المواد من ١٤١ إلى ١٤٤ من نفس التقنين . وانظر أيضاً فى تقسيم العقد إلى باطل بطلاناً مطلقاً وباطل بطلاناً نسبياً ما زو فى شرح القانون المدنى الفرنسى فى الالتزامات ج ٢ ص ٢٤٤ فقرة ٢٩٣ طبعة ١٩٦٢ م ، دى لاموراندير ج ٢ فقرة ٧٤٩ ص ٢٢٥ .

وعرف العقد الصحيح في المادة ١٣٣ منه بأنه : « العقد المشروع ذاتاً ووصفاً بأن يكون صادراً من أهله مضافاً إلى محل قابل لحكمه وله سبب مشروع وأوصافه صحيحة سالمة من الخلل » . ونص في الفقرة الثانية من هذه المادة على أنه : « إذا لم يكن العقد الصحيح موقوفاً أفاد الحكم في الحال » . فالمرجع في التقنين المدني العراقي قد أخذ بفكرة العقد الموقوف من الفقه الإسلامي وأحلها محل فكرة العقد القابل للإبطال واعتبر العقد الصحيح إما نافذاً وإما غير نافذ أى موقوفاً على الإجازة من يملكها . ونص على أحكام العقد الموقوف في المواد من ١٣٤ إلى ١٣٦ وسنتناول هذا كله بالبيان عند الكلام عليه في موضعه من الرسالة .

خلاصة

نخلص من هذا الباب إلى أن الشريعة الإسلامية لها نظامها الخاص في تقسيم العقد من حيث الصحة والبطالان والفساد والوقف والنفذ وال لزوم . وقد برع فقهاء الحنفية في إبراز هذه التقسيمات وصياغتها صياغة فنية موفقة . فهناك العقد الصحيح وينقسم إلى نافذ وغير نافذ أى موقوف ، وهناك العقد النافذ اللازم وهو ما كان خالياً من الخيارات ، وهناك العقد النافذ غير اللازم وهو ما كان فيه خيار من الخيارات أو كان بطبيعته غير لازم . وهناك العقد الباطل والعقد الفاسد وهذه المرتبة الأخيرة لا نظير لها في فقه القانون . وقد انفرد بالقول بها الفقه الحنفي حيث فرق بين الخلل في الأصل والخلل في الوصف ورتب على الأول البطلان وعلى الثاني الفساد ولم يعتبرهما في مرتبة واحدة ، فالخلل في الأصل لا يساوي الخلل في الوصف وهي تفرقة تتم عن الدقة وعن عمق الفكرة ، كما انفرد الفقه الإسلامي على ما هو معروف في أغلب مذاهبه بالقول بفكرة العقد الموقوف .

أما في فقه القانون فالعقد إما صحيح وإما غير صحيح . وغير الصحيح

إما أن يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً وإما أن يكون باطلاً بطلاناً نسبياً
أو قابلاً للإبطال ..

وقد أخذ المشرع في التقنين المدني العراقي بفكرة العقد الموقوف من
الشريعة الإسلامية وأحلها محل فكرة العقد القابل للإبطال ..

وإذا ما اتينا من هذا الباب التمهيدى فإننا نبدأ دراسة « نظرية العقد
الموقوف » ، في قسمين : في القسم الأول نتكلم عن حقيقة العقد الموقوف
ومحله وحكمه .

وفي القسم الثانى نتكلم عن بعض التطبيقات على هذه النظرية .
وستكون دراستنا للنوع دراسة مقارنة بين فقهي الشريعة
الإسلامية والتقنين المدني المصرى والتقنين المدني العراقى . وكذا بعض
التقنيات الأخرى كما سيتضح من الدراسة ..

القسم الأول

في

حقيقة العقد الموقوف ومحلّه وحكمه

الباب الأول

حقيقة العقد الموقوف وما يقابله في القانون

الفصل الأول

التعريف بالعقد الموقوف وطبيعته وما يقابلها في القانون

المبحث الأول

التعريف بالعقد الموقوف وما يقابله في القانون

المطلب الأول

التعريف بالعقد الموقوف في الشريعة

الوقف في اللغة : يقال وقفت الدابة وقفاً ووقوفاً سكنت ، ووقفت الدار وقفاً حبستها في سبيل الله ، ووقفت الأمر على حضور زيد علقت الحكم فيه بحضوره ، ووقفت قسمة الميراث إلى الوضع آخرته حتى تنضع^(١).
أما في الاصطلاح فقد اختلف الفقهاء في تعريفه ونورد فيما يلي بعض التعريفات التي وردت في كتب الفقه الحنفي ثم نناقشها ونبين أفضليها .

(١) انظر في هذا : الصباح المنير ج ٢ ص ١٤٨ الطبعة الأولى ١٣١٦ هـ (كتاب الواو -
الواو مع القاف وما يثلثهما) .

التعريف الأول : «العقد الموقوف ما تعلق به حق الغير وهو إما ملك الغير أو حق بالعقد لغير المالك» (١) .

ويناقش هذا التعريف بأنه يقصر مدلول العقد الموقوف على حالة التصرف فيما تعلق به حق للغير وهو إما ملك الغير كبيع الفضولي لمال هذا الغير أو إجارته أو رهنه ، أو كان في التصرف حق لغير المتصرف كما في بيع العين المرهونة والمستأجرة . والتعريف بهذا الوصف غير شامل لجميع أفراد المعرف ، لأنه قد لا يتعلق بالتصرف حق للغير ويكون موقوفاً على الإجازة وذلك كالتصرف الصادر من الصبي المميز في ماله في التصرفات الدائرة بين النفع والضرر كالبيع والإجارة ، ومن ثم فإنه يعتبر تعريفاً غير شامل لجميع أفراد المعرف فيكون غير صحيح .

التعريف الثاني : «العقد الموقوف هو العقد الذي لا حكم له ظاهراً يعرف في الحال» (٢) .

ويناقش هذا التعريف بأنه يحتاج إلى بيان وإيضاح فهو لم يبين لنا أن وقف نفاذ العقد أو تراخي حكمه وعدم إنتاجه لآثاره في الحال يكون إلى حين إجازته شرعاً عن يملك الحق في ذلك .

(١) جاء في البحر الرائق ج ٦ ص ٧٥ الطبعة الأولى بالمطبعة العلمية : « الموقوف ما تعلق به حق الغير وهو إما ملك الغير أو حق بالبيع لغير المالك وفي تعيين الحقائق للزيلي ج ٤ ص ٤٤ : « وموقوف وهو يفيد الحكم على سبيل التوقف وامتنع تماماً لأجل غيره وهو بيع ملك الغير » . وانظر أيضاً رد المختار لابن عابدين ج ٤ ص ١٠٤ - ١٠٥ الطبعة الثالثة ١٣٢٥ هـ وانظر في إيراد هذا التعريف مقالا عن العقد الموقوف للدكتور محمد زكي عبد البر ص ٨ .

(٢) جاء في البحر الرائق لابن نجيم ج ٥ ص ٢٨١ : « وأما شرائط النفاذ فالمالك أو الولاية ... والثاني أن لا يكون في المبيع حق لغير البائت فإن كان لا ينفذ كالرهون والمستاجر ، واختلفت عبارات الكتب ففي بعضها أنه فاسد والصحيح أنه موقوف ويحمل الفساد على أنه لا حكم له ظاهراً وهو تفسير الموقوف عندنا وعلى أن الإجازة دون الفسخ ويفسخه المشتري إن لم يعلم به أولاً » . وانظر أيضاً مقال الدكتور زكي عبد البر عن العقد الموقوف ص ٧ .

التعريف الثالث : « العقد الموقوف هو العقد المشروع بأصله ووصفه ويفيد المالك على سبيل التوقف ولا يفيد تمامه لتعلق حق الغير »^(١) .

ويمتاز هذا التعريف بأنه قد بين لنا أن العقد الموقوف قسم من أقسام العقد الصحيح فهو مشروع بأصله ووصفه ولا يفتق أثره في الحال لتعلق حق الغير به ، إلا أنه لم يبين لنا أن التوقف يكون على صدور الإجازة من يملكها شرعاً .

والمستفاد من أقوال المالكية^(٢) وفي إحدى الروايتين عند الحنابلة^(٣) والشيعة الإمامية^(٤) والزيدية^(٥) والإباضية^(٦) وعند الشافعية في المذهب القديم^(٧) عند كلامهم عن التصرفات الموقوفة كبيع ملك الغير أن العقد الموقوف هو ما تتوقف إفادته الحكم على الإجازة من يملكها شرعاً .

(١) نجم الأنهر في شرح ملتنقى الأبحر ج ٢ ص ٣٩ .

(٢) انظر في فقه المالكية بداية المجتهد لابن رشد ج ٢ ص ١٤١ - ١٤٢ الطبعة الأولى ، والبهجة في شرح التحفة للتسولي ج ٢ ص ٧٤ ، والشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي عليه ج ٣ ص ١٢ ، وشرح عبد الباقي الزرقاني على مختصر خليل ج ٥ ص ١٩ مطبعة محمد مصطفى بمصر .

(٣) انظر في فقه الحنابلة المنقذ لابن قدامة ج ٤ ص ٢٠٥ - ٢٠٦ الطبعة الثالثة ١٣٦٧ هـ .

(٤) انظر في فقه الشيعة الإمامية مفتاح الكرامة للعامل ج ٤ ص ١٨٤ .

(٥) انظر في فقه الشيعة الزيدية المنزه المختار ج ٣ ص ٤١ فقد جاء فيه : « والموقوف . . . يتوقف بالإجازة » .

(٦) انظر في فقه الإباضية شرح النيل وشفاء الليل ج ٤ ص ١٣٦ .

(٧) جاء في المجموع شرح المذهب في فقه الشافعية ج ٩ ص ٢٥٩ « إدارة الطباعة المنيرة بمصر » ... والقول الثاني (وهو القديم) أنه يتوقف موقفاً على إجازة المالك إن أجاز صح البيع وإلا لفا « وانظر أيضاً نهاية المحتاج ج ٣ ص ٢٣ - ٢٤ ، وانظر شرح متن البهجة للشيخ زكريا الأنصاري ج ٢ ص ٤٠٦ طبعة المطبعة اليمنية بمصر ، ومنقح المحتاج ج ٢ ص ١٥ مطبعة مصطفى محمد بمصر .

أما عند الشافعية في المذهب الجديد^(١) وعند أهل الظاهر^(٢) وكذا في الرواية الأخرى عند الحنابلة والشيعة الإمامية والزيدية والإباضية^(٣) . فالعقد الموقوف يعتبر عقداً باطلاً لصدوره من غير ذي ولاية شرعية ، فالولاية عندهم شرط في الانعقاد لا في النفاذ على ما سنرى عند مناقشة أدلة كل من القائلين بالوقف والقائلين بالبطلان^(٤) .

ومن التعريفات التي وردت في كتب الفقه الحديثة :

١ — « العقود والتصرفات الموقوفة هي التي لا يظهر أثرها في المعقود عليه إلا بعد إجازتها لإجازة معتبرة شرعاً ممن له حق الإجازة ومعنى كون هذه العقود موقوفة أنها لا توصف بتنفاذ ولا يبطلان إلا بعد الإجازة أو الفسخ ممن له الشأن في ذلك »^(٥) .

وهذا التعريف يمتاز بعمومه فيدخل تحته جميع التصرفات التي يتوقف نفاذها على الإجازة ممن يملكها شرعاً .

غير أنه لم يبين لنا أن العقد الموقوف قسم من أقسام العقد الصحيح .

٢ — « العقد الموقوف هو ما صدر من مالك غير أهل للاستقلال بصدور العقد كالصبي المميز في عقود المعاوضات أو كان صادراً من غير

(١) انظر المراجع المذكورة في الهامش السابق فقد عرضت في نفس الموضع لرأى الشافعية الجديد وهو البطلان وللرأى القديم وهو القول بالوقف .

(٢) المحلى لابن حزم ج ٨ ص ٤٣٤ مسألة ١٤٦٠ .

(٣) انظر في فقه الحنابلة كشف القناع ج ٢ ص ١١ الطبعة الأولى ، وفي فقه الشيعة الإمامية مفتاح الكرامة للعامل ج ٤ ص ١٨٥ - ١٨٦ ، وفي فقه الشيعة الزيدية المنتزع المختار ج ٣ ص ٤١ . وفي فقه الإباضية شرح النبل وشفاء العليل ج ٤ ص ١٣٦ .

(٤) انظر الفصل الثاني من هذا الباب تحت عنوان : « مكانة العقد الموقوف بين العقود الصحيحة وغير الصحيحة » .

(٥) انظر في إيراد هذا التعريف المعاملات الشرعية للأستاذ أحمد أبي الفتح الجزء الأول ص ١٨٩ القاهرة ١٣٣٢ هـ - ١٩١٣ م .

ذى ولاية شرعية كالفقولي فتلحقه الإجازة بمن يملكها من ولي أو وصى أو من الصبي بعد بلوغه أو من مالك هو أهل للاستقلال بصدور العقد^(١).
ويناقش هذا التعريف بأنه لا يشمل حالة التصرف فيما تعلق به حق للغير كبيع العين المرهونة وكتصرف المدين المعسر في مال تعلق به حق الغرماء .

٣ — « العقد الموقوف هو الذى لا يترتب على إنشائه أى أثر من آثاره على الرغم من أنه عقد صحيح يعترف الشارع بوجوده بل يتوقف ترتيب الأثر على إجازته بمن له حق مباشرته »^(٢) .
وهذا التعريف يمتاز بعمومه فضلاً عن أنه قد أوضح لنا أن العقد الموقوف قسم من أقسام العقد الصحيح .

وعلى ضوء ما تقدم نستطيع أن نعرف العقد الموقوف بأنه : « التصرف المشروع بأصله ووصفه الذى يتوقف ترتيب أثره عليه بالفعل على الإجازة بمن يملكها شرعاً » .

فهذا التعريف يشمل تصرف الفضولى الذى يتصرف فى حق الغير بدون إذن شرعى ومن فى حكمه كالوكيل إذا تجاوز حدود الوكالة ، وكذا التصرف الصادر من الصبي المميز فى التصرفات الدائرة بين النفع والضرر كالبيع والإجارة ، كما يشمل التصرف فيما تعلق به حق الغير كبيع المرهون وكتصرف المدين المعسر فى ماله تصرفاً يضر بحقوق دائليه . ومن ثم فإنه يكون تعريفاً جامعاً شاملاً لجميع أفراد المعرف .

(١) انظر مقالاً فى العقود والشروط والخيارات منشور بمجلة القانون والاقتصاد من ٦٧٣ السنة الرابعة ، العدد السادس ١٩٣٤ م للأستاذ الشيخ أحمد إبراهيم .

(٢) انظر فى هذا أحكام المعاملات الشرعية للأستاذ الشيخ على الحقيف من ٣٥٦ الطبعة الثالثة ١٣٦٦ هـ - ١٩٤٧ م . وانظر أيضاً المدخل للفقهاء الإسلامى لأستاذنا محمد سلام مذكور من ٦٠٣ الطبعة الأولى ١٣٨١ هـ - ١٩٦٠ م .

المطلب الثاني

التعريف بما يقابل فكرة العقد الموقوف في فقه القانون

فكرة العقد الموقوف بالمعنى الذى أورده فقهاء الشريعة الإسلامية لا نغير لها في فقه القانون ولكن توجد فكرة العقد القابل للإبطال أو الباطل بطلاناً نسبياً . فهذا العقد يقابل العقد الموقوف من حيث قابلية كل منهما للإبطال والإجازة ، ومن حيث الحالات التى يعالجها كل منهما على تفصيل في ذلك سيتضح عند بيان حالات كل منهما .

فالعقد القابل للإبطال أو الباطل بطلاناً نسبياً هو ما اختل فيه شرط من شروط صحة التراضى ، فإذا صدر العقد من ناقص الأهلية كان باطلاً بطلاناً نسبياً أى باطلاً من جهة واحدة هي جهة ناقص الأهلية إذ البطلان قد تقرر لمصلحته . وإذا كان رضا أحد العاقدين مشوباً بعيب بأن وقع هذا العاقد في غلط أو تدليس أو إكراه أو كان ضحية استغلال كان العقد باطلاً بطلاناً نسبياً أى يكون باطلاً من جهة واحدة هي جهة من كان رضاؤه معيباً إذ البطلان قد تقرر لمصلحته .

وتختلف فكرة العقد الموقوف عن فكرة العقد القابل للإبطال في أن الأخير يلتج جميع آثاره من وقت إبرامه في حين أن الأول ، لا يلتج أثره ما لم ترد عليه الإجازة .

ويتفق كل منهما مع الآخر في ورود الإجازة عليه . غير أن إجازة العقد القابل للإبطال يقتصر أثرها على أن تبعد عنه عوامل الفناء وتقوى فيه عوامل الصحة وتؤيد ما أنتجه من آثار ، فهي لا تضيف إليه جديداً بل تقتصر على تأييده وصد عوامل الفناء عنه . أما إجازة العقد الموقوف فهي تسمح بأن تترتب عليه آثاره ، وبدونها لا يلتج العقد أثره شرعاً .

والقانون المدني المصرى الحالى لم يذكر شيئاً عن العقد الموقوف ، بل اقتصر على بيان أثر العقد الصحيح وقصد به العقد الصحيح النافذ أى غير الموقوف ، ثم بين حكم العقد الباطل والعقد القابل للإبطال^(١) .

كما يقابل فكرة العقد الموقوف فى فقه القانون فضلاً عن حالة العقد القابل للإبطال العقد غير السارى أو غير النافذ فى حق الغير . والعقد غير السارى أو غير النافذ هو الذى يتوقف على إقرار الغير له ، فبيع ملك الغير غير نافذ أو غير سار فى حق المالك الحقيقى فإذا أقره نفذ ، وكذلك العقد الصورى فهو صحيح فيما بين المتعاقدين وغير نافذ أو غير سار فى حق الغير ، وتصرف المريض مرض الموت غير نافذ فى القدر المحابى فيه فى حق الورثة والدائنين وتصرف المدين المعسر الضار بدائليه غير نافذ أو غير سار فى حق الغرماء .

فعدم السريان فى فقه القانون معناه عدم نفاذ التصرف فى حق الغير مع بقائه صحيحاً نافذاً فيما بين المتعاقدين^(٢) . فالعقد غير النافذ يشبه العقد الصحيح والعقد القابل للإبطال فى أنه يلتجأ أثره بين عاقيه منذ إبرامه وليكنه يختلف عنهما فى أنه لا يحتج به على الغير ، كما يختلف عن العقد القابل للإبطال فى أنه لا يجوز لأحد العاقدين أن يطلب إبطاله ، ومن ثم فإن العقد غير النافذ لا يعتبر عقداً باطلاً^(٣) . فالبطلان هو الجزاء الذى فرضه القانون على

(١) انظر فى هذا الالتزامات للدكتور سليمان مرقس ص ٢٩٨ - ٣٠٠ طبعة ١٩٦٠ م .

(٢) انظر فى هذا نظرية البطلان فى القانون المدني المصرى للأستاذ الدكتور جميل الشرفاوى ص ١٤١ - ١٤٢ (رسالة للدكتوراه) . القاهرة ١٩٥٣ م .

(٣) انظر فى التفرقة بين البطلان وعدم السريان فى شرح القانون المدني الفرنسى فى الالتزامات بلانيول وريبير وبولانجي ج ٢ فقرة ٦٩١ ص ٢٥٦ طبعة ١٩٥٧ . وانظر وماز ج ٧ ص ٢٤٥ فقرة ٢٩٥ . وانظر أيضاً نظرية الالتزامات للدكتور سليمان مرقس ص ٢٣٢ طبعة ١٩٦٠ م . ورسالة الدكتور عبد الوود يحيى فى «حوالة الدين» ص ١٩٦ إذ جاء بها : « وفكرة عدم السريان جعلها المشرع المصرى جزاء لحماية الحقوق المكتسبة »

عدم توفر ركن من أركان العقد أو شرط من شروط صحته فهو عبارة عن انعدام أثر العقد بالنسبة إلى المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير وهو بهذه المثابة يتميز عن عدم النفاذ أو عدم السريان ، فالعقد الباطل يقوم به هذا الوصف سواء بالنسبة إلى المتعاقدين أو بالنسبة إلى الغير ، أما عدم النفاذ فلا يكون إلا بالنسبة إلى الغير وهو الأجنبي عن العقد .

المبحث الثاني

طبيعة العقد الموقوف في الشريعة وما يقابله في القانون

المطلب الأول

طبيعة العقد الموقوف في الشريعة

تتميز التصرفات في فقه الشريعة الإسلامية في طرق ثبوت حكمها ، فمنها ما يثبت حكمه مقتصرأ ، ومنها ما يثبت حكمه مستندأ ومنها ما يثبت حكمه بطريق الظهور والتبيين ، ومنها ما يثبت حكمه بطريق الانقلاب .

ونوضح ذلك فيما يلي ثم نبين خصائص العقد الموقوف وطبيعته على ضوء ذلك :

أولاً — تصرفات تثبت أحكامها فور النطق بصيغتها بمعنى أنها تثبت وقت وجود السبب في الحال كإنشاء الطلاق والبيع بصيغة متجزة ويسمى هذا الاقتصار .

— والتي قصد بها حماية الغير من تصرف قانوني فيه لإضرار به ، ففي مثل هذه الحالات ينتج التصرف القانوني آثاره فيما بين المتعاقدين ولكنه لا يكون نافذاً في حق الغير في الحدود التي يضر فيها بمصلحه ... وفكرة عدم السريان هي التفسير الصحيح لحالة الدين بعقد بين المدين والمحال عليه . »

ثانياً — تصرفات يثبت حكمها عند حدوث الأمر اللاحق المتعلقة عليه
ويسمى هذا الانقلاب وهو صيرورة ما ليس بعلة علة ، كما إذا علق الطلاق
بشروط فعند وجود الشرط ينقلب ما ليس بعلة علة .

ثالثاً — تصرفات يظهر أن حكمها كان ثابتاً من قبل ، كما إذا قال لامرأته :
إذا حضت فأنت طالق لا يقضى بوقوع الطلاق ما لم يمتد ثلاثة أيام فإذا
نمت ثلاثة أيام حكمنا بوقوع الطلاق من حين حيضها ويسمى هذا التبيين .

رابعاً — أحكام تثبت بطريق الاستناد أو ما يسمى بالآثر الرجعي
وهو ثبوت الحكم في الحال مستنداً إلى ما قبله أو إلى وقت لإجراؤه التصرف ،
وذلك كبيع الفضولي ، فإنه إذا أجزى فإن الحكم يثبت من وقت وجود السبب
ولو كانت الإجازة بعده بزمان متى كانت مستوفية لشرائطها الشرعية .
ويشترط لتحقيق الاستناد قيام المحل أو المعقود عليه حال ثبوت الحكم إلى
الوقت الذي استند إليه^(١) .

ونحن إذا تأملنا نجد أن طبيعة العقد الموقوف تتلخص في أن من
أحكامه ما يقع حكمه مستنداً بالإجازة إلى وقت إنشائه وذلك كبيع الفضولي
لمال الغير فإنه إذا أجزى يكون كالتصرف النافذ ابتداءً بالإجازة اللاحقة
كالوكالة السابقة . كما أن من أحكامه ما يثبت مقتصرًا على وقت صدور

(١) جاء في الأشباه والنظائر لابن نجيم ج ٢ ص ١٥٨ : « الأحكام تثبت بطرق أربعة :
الاقتصار كما إذا أنشأ الطلاق ... والانقلاب وهو انقلاب ما ليس بعلة علة كما إذا علق الطلاق
أو العاق بشرط فعند وجود الشرط ينقلب ما ليس بعلة علة . والاستناد وهو أن يثبت في الحال
ثم يستند . والتبيين وهو أن يظهر في الحال أن الحكم كان ثابتاً من قبل .. كما إذا قال لامرأته
إذا حضت فأنت طالق لا يقضى بوقوع الطلاق من حين حاضت وتشترط المحلية في الاستناد
دون التبيين وكذا الاستناد يظهر في القائم دون المتلاشي » . وانظر أيضاً المدخل للفقه
الإسلامي للأستاذ محمد سلام مذكور هامش (١) ص ٦١٥ - ٦١٦ الطبعة الأولى ١٣٨٠ هـ

الإجازة وذلك كطلاق الفضولي فلا يقع الطلاق الواقع قبلها^(١) .

المطلب الثاني

طبيعة العقد القابل للإبطال والعقد غير السارى فى القانون

عرفنا أن العقد القابل للإبطال أو الباطل بطلاناً نسبياً ، وكذلك العقد غير السارى أو غير النافذ فى فقه القانون يقابلان فى حدود معينة فكرة العقد الموقوف فما طبيعة كل منهما ؟

العقد القابل للإبطال أو الباطل بطلاناً نسبياً ينتج جميع آثاره من وقت انعقاده إلى أن يطلب إبطاله من له مصلحة فى ذلك ، كناقص الأهلية ، أو من شاب إرادته عيب من عيوب الرضا وهى الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال ، وإجازة هذا العقد فى حقيقة الأمر لا تضعيف إليه جديداً بل تقتصر على تأييده وتقوية عوامل الصحة فيه وتأكيد ما أنتجه من آثار وإبعاد عوامل الفناء عنه .

ومن هذا يتبين أن العقد الموقوف يختلف عن العقد القابل للإبطال إذ لا ينتج الأول أثره إلا إذا أجاز وهو بدون الإجازة لا تكون له فائدة ولا يرتب أثره إلا بعد إجازته . أما الثانى كما بينا فإنه ينتج أثره إلى أن يقضى ببطلانه وهذا هو الفرق الأساسى بين طبيعة كل منهما غير أنهما يتفقان فى قبول كل منهما للإجازة ، وللإبطال فى كل منهما أثر رجعى .

وكذلك فإن العقد غير السارى أو غير النافذ فى فقه القانون يتفق فى طبيعته مع العقد الموقوف فى أن كلا منهما لا يرتب أثره بالنسبة إلى الغير

(١) انظر فى هذا الباب للثالث من هذا القسم (فى حكم العقد الموقوف بعد إجازته) .

إلا بعد إقراره ، بالنسبة للأول ، وبعد إجازته بالنسبة للثاني ؛ ويختلفان في أن الأول ينتج أثره فيما بين المتعاقدين من وقت التعاقد ، أما الثاني وهو الموقوف فلا ينتج أثراً بالنسبة للمتعاقدين ولا بالنسبة إلى الغير إلا بعد إجازته ممن له حق الإجازة شرعاً .

وبالمقارنة بين طبيعة العقد الموقوف وطبيعة كل من العقد القابل للإبطال والعقد غير السارى أو غير النافذ ، نجد أن الأول يمتاز عنهما من ناحية عدم إنتاجه لأى أثر من آثاره إلا بعد إجازته ممن له حق الإجازة شرعاً لأن الضرر يتحقق فى النفاذ لا فى انعقاد التصرف موقوفاً على الإجازة فالأولى هو القول بالوقف إلى أن يجاز التصرف لا أن ينفذ ثم يطلب إبطاله من له مصلحة فى ذلك .

الفصل الثاني

مكانة العقد الموقوف بين العقود الأخرى
وما يقابله في القانون

انتهينا إلى أن العقد الموقوف هو التصرف الصحيح الذي يتوقف ترتيب أثره عليه بالفعل على الإجازة من يملكها شرعاً .
ونوضح هنا مكانته بين العقود الأخرى . فبين هل هو قسم من أقسام العقد الصحيح أم هو عقد باطل؟ ثم نبين مكانته بين العقود المنجزة والمضافة والمعلقة .

المبحث الأول

مكانة العقد الموقوف بين العقود الصحيحة وغير الصحيحة
في الشريعة وما يقابله في القانون

المطلب الأول

مكانة العقد الموقوف بين العقود الصحيحة
وغير الصحيحة في الشريعة

يرى الحنفية أن العقد الموقوف قسم من أقسام العقد الصحيح ، وأن العقد الصحيح ينقسم إلى نافذ وغير نافذ أي موقوف . ويقولون إن الموقوف ينطبق عليه تعريف الصحيح وحكمه فهو كالصحيح مشروع بأصله ووصفه إذ قد توافر فيه الرضا الصادر عن أهلية كاملة أو قاصرة ، وهو كالصحيح

لا يتوقف حكمه على القبض وليس توقف حكمه على الإجازة إلا كتوقف العقد الذى فيه خيار على إسقاطه وهذا الأخير عقد صحيح^(١).

والى ما جنح إليه الحنفية ذهب المالكية فالتصرف الموقوف عندهم يرد على بيع الفضولى وشرائه^(٢)، وكذا تصرف الصغير المميز المحجور

(١) جاء فى البحر الرائق ج ٦ ص ٧٦ الطبعة الأولى بالمطبعة العلمية : « وللمشايع طريقان فمنهم من يدخل الموقوف تحت الصحيح فهو قسم منه وهو الحق لصدق التعريف وحكمه عليه فإنه ما أفاد الملك من غير توقف على القبض ولا يضر توقفه على الإجازة إلا كتوقف البيع الذى فيه الخيار على إسقاطه ، ومنهم من جعله قسماً للصحيح وعليه مذهب الشارح الزيلعي فإنه قسمه إلى صحيح وباطل وفاسد وموقوف وقسمه فى فتح القدير إلى جائز وغير جائز وهو ثلاث : باطل وفاسد وموقوف فجعله من غير الجائز وبدأ بالجائز الناقد . وجاء فى تبين الحقائق للزيلعي ج ٤ ص ٤٤ تحت عنوان (البيع الفاسد) البيع على أربعة أقسام صحيح وهو المشروع بأصله ووصفه ويفيد الحكم بنفسه إذا خلا عن الموانع ، وباطل وهو غير مشروع أصلاً ، وفاسد وهو مشروع بأصله دون وصفه وهو يفيد الحكم إذا اتصل به القبض وموقوف وهو يفيد الحكم على سبيل التوقف وامتنع تمامه لأجل غيره وهو بيع ملك الغير . وجاء فى فتح القدير ج ٥ ص ١٨٦ - ١٨٥ تحت عنوان (باب البيع الفاسد) البيع جائز وغير جائز وغير الجائز ثلاثة أنواع : باطل ، وفاسد ... وموقوف .

والصحيح فى المذهب أن العقد الموقوف قسم من أقسام العقد الصحيح ، فالصحيح إما نافذ وإما غير نافذ أى موقوف . ويؤيد ذلك ما جاء فى كتبهم : فى الدر المختار ج ٤ ص ١٠٤ : « البيع الموقوف من قسم الصحيح » . وفى نجم الأنهر شرح ملتقى الأبحر ج ٢ ص ٣٩ طبعة ١٣١٩ هـ : « وموقوف وهو المشروع بأصله ووصفه ويفيد الملك على سبيل التوقف ولا يفيد تمامه لتعلق حق الغير » . وانظر أيضاً رد المختار لابن عابدين ج ٤ ص ١٠٤ وفتح القدير ج ٥ ص ٣٠٩ - ٣١١ والبدائع ج ٥ ص ١٤٩ - ١٥٠ .

(٢) جاء فى كتاب القوانين الفقهية لابن جزيء ص ٢٣٨ طبع مطبعة النهضة بتونس ١٣٤٤ هـ / ١٩٢٦ م : « فأما الدماء لأحد بغير إذنه أو البيع عليه كذلك فهو بيع الفضولى » . فغنيمة ويتوقف على إذن ربه . وانظر أيضاً فى نفس المعنى بداية المجتهد لابن رشد ج ٢ ص ١٤١ - ١٤٢ الطبعة الأولى بمصر ، والبهجة فى شرح التلخفة ج ٢ ص ٧٤ طبعة ١٣٠٤ هـ بالمطبعة البهية بمصر ، وانظر كذلك الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي عليه ج ٣ ص ١١ - ١٢ ، وشرح عبد الباقي الزرقاني على مختصر خليل ج ٥ ص ١٩ مطبعة محمد مصطفى بمصر .

عليه ومن في حكمه كالسفيه بالنسبة لتصرفاته المالية كالبيع^(١) والتصرف .
فما تعلق به حق الغير كبيع المرهون^(٢) ، وكذا تصرف الوكيل إذا تجاوز
حدود الوكالة المرسومة^(٣) .

ويتفق مع الحنفية والمالكية الحنابلة في إحدى الروايتين في المذهب^(٤) .
كما يتفق معهم الشافعية في المذهب القديم ، وحكى عن المذهب الجديد أيضاً
القول بالوقف على الإجازة^(٥) .

(١) جاء في مواهب الجليل على شرح مختصر خليل للحطاب ج ٤ ص ٢٤٦ الطبعة
الأولى ١٣٢٩ هـ بمصر : « وإذا باع السفيه أو اشترى أو الصغير في حال حجره بغير إذن
وليّه فإنه يوقف على نظر وليّه بذلك » .

(٢) انظر في وقف بيع المرهون حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ٣ ص ١١ - ١٢
ومواهب الجليل للحطاب ج ٥ ص ٢٢ .

(٣) الحطاب ج ٥ ص ٢٠٥ .

(٤) جاء في المغني لابن قدامة ج ٤ ص ٢٠٥ - ٢٠٦ الطبعة الثالثة ١٣٦٧ هـ : « وإن
اشترى بعين مال الآمر أو باع بغير إذنه أو اشترى لغير موكله بعين ماله أو باع ماله بغير إذنه
ففيه روايتان : أحدهما البيع باطل ويجب رده ... والثانية البيع والشراء صحيحان ويقف على
إجازة المالك فإن أجازه نفذ ولزم البيع وإن يجره بطل » . وانظر أيضاً القواعد لابن رجب
ص ٤١٩ - ٤٢١ الطبعة الأولى بمصر ١٣٥٢ هـ / ١٩٣٣ م . وفي كتاب العقود لابن
تيمية ص ٢٢٥ : « قد بينا . أن مذهب أحد أن ما احتيج إلى وقفه من العقود وقف » .
وفي نفس المرجع ص ٢٢٦ : « الرأجح في الدليل والذي عليه أكثر المسلمين جواز وقف العقد
في الجملة وليس في هذا مخذور أصلاً والعقد الموقوف يقع جائزاً » . وانظر له أيضاً مجموعة
الرسائل الكبرى ج ٢ ص ٢٧١ - ٢٧٤ طبعة ١٣٢٣ هـ .

(٥) جاء في متن البهجة للعلامة بن الوردي ج ٢ ص ٤٠٦ المطبعة الميمنية بمصر : « وفي
القديم عقد الفضولي موقوف على الإجازة » . وفي شرح البهجة للأنصاري على المتن المذكور في
نفس الموضع : « وفي القديم موقوف وحكى عن الجديد أيضاً » . وفي معنى المحتاج ج ٢ ص
١٥ وفي القديم تصرفه (الفضولي) موقوف وقبل التصرف صحيح والموقوف المالك كما نقله
الرافعي عن الإمام كما مر على الإجازة إن أجاز مالكة أو وليّه نفذ بفتح الفاء المعجمة أى
مضى وإلا فلا ينفذ . وهذا القول نص عليه في الأم ونقله جماعة عن الجديد وقال في زيادة
الروضة لأنه أقوى من جهة الدليل » . وفي المجموع ج ٩ ص ٢٥٩ : « والقول الثاني وهو
القديم أنه يتعقد موقوفاً على إجازة المالك إن أجاز صح البيع وإلا لنا وهو نص للشافعي
في البويطي وهو من الجديد ... فصار للشافعي قولان في الجديد أحدهما موافق للقديم » .
وفي نهاية المحتاج ج ٣ ص ٢٤ : « الصفحة ناجزة والموقوف على الإجازة هو المالك - في
القديم وحكى عن الجديد أيضاً عقده موقوفاً على رضا المالك بمعنى إن أجاز مالكة أو وليّه العقد
نفذ وإلا فلا » .

وإلى هذا جنح الشيعة الإمامية^(١) والزيدية^(٢) والإباضية^(٣) في إحدى الروايتين عندهم .

ويقابل هذا الرأي القائل بأن العقد الموقوف يعتبر قسماً من أقسام العقد الصحيح ما ذهب إليه الشافعية^(٤) في المذهب الجديد والحنابلة^(٥)

(١) انظر في هذا مفتاح الكرامة للعامل ج ٤ ص ١٨٢ فقد جاء فيه : « بيع الفضولي موقوف على رأى وقد أشار إلى ذلك في جامع المقاصد وقال في المبسوط من باع ما لا يملك كان البيع باطلا » .

(٢) جاء في كتاب المنتزع المختار في فقه الشيعة الزيدية ج ٣ ص ٤١ : « وعقد غير ذي الولاية وهو من ليس بمالك للمبيع ولا وكيل للمالك ولا ولي له وكذا المشتري يشتري لغيره من غير ولاية فكل واحد يسمى فضولياً في اصطلاح أهل الفروع فعقدما بيعاً وشراء غير نافذ في الحال بل موقوف . . . وقال الناصر لا يصح البيع الموقوف ولا الشراء الموقوف » .

(٣) جاء في كتاب النبل وشفاء العليل ج ٤ ص ١٣٦ في فقه الإباضية : « وينعقد عند بعضنا وعند المالكية بيع فضولي وشراؤه وسائر العقود وقيل لا ينعقد وعليه الشافعي وبعضنا » .

(٤) جاء في كتاب نهاية المحتاج إلى شرح للمحتاج ج ٣ ص ٢٣ - ٢٤ : « الشرط الرابع من شروط البيع الملك . . . فبيع الفضولي وشراؤه وسائر عقود في عين لغيره أو في ذمة غيره كقوله اشترت له كذا بألف في ذمته وهو من ليس بوكيل ولا ولي للمالك باطل » . وانظر أيضاً الوجيز للفرزالي ج ١ ص ١٣٤ طبعة ١٣١٧ هـ والمهذب للشيرازي ج ١ ص ٢٦١ - ٢٦٢ وفتاوى الرملي ج ٢ ص ١١٤ بهامش الفتاوى الكبرى لابن حجر والأشباه والنظائر للسيوطي (كتاب البيع) ص ٤٧٧ .

(٥) انظر في هذا كشف القناع ج ٢ ص ١١ الطبعة الأولى ١٣١٩ هـ فقد جاء فيه : « فإن باع ملك غيره بغير إذنه لو بمحضته وسكوته لم يصح البيع ولو أجاز له المالك بعد لفوات شرطه » . وفي كتاب نيل المآرب بشرح دليل الطالب ص ٩٩ : « أن يكون المبيع ملكاً للبايع وقت العقد وكذا الثمن أو مأذوناً له أي لبايعه فيه أي في بيعه من ماله أو من الشارع كالأب يتصرف في مال ولده الصغير وكل الحاكم يتصرف في مال اليتيم والغائب وقت العقد . ولو ظن المالك أو المأذون له عدم الملك والإذن له في بيعه لأن الاعتبار في المعاملات بما في نفس الأمر لا بما في ظن المكاتب فلا يصح بيع الفضولي ولا شراؤه ولو أجاز تصرفه بعد العقد »

والشيعة الإمامية^(١) والزيدية^(٢) والإباضية^(٣) في إحدى الروايتين عندهم ، وكذلك أهل الظاهر^(٤) فقد قالوا إن العقد الموقوف يعتبر عقداً باطلاً لصدوره ممن ليست له ولاية التصرف ، لأن الولاية عندهم شرط في الانعقاد لا في النفاذ .

ومن ثم فإننا نخلص إلى أن في المسألة رأيين :

١ — رأى يقول بأن العقد الموقوف قسم من أقسام العقد الصحيح ؛ وأن الصحيح منه النافذ ومنه غير النافذ أى الموقوف .

٢ — ورأى يقول بأنه عقد باطل .

ونبين فيما يلي أدلة كل من الرأيين .

أدلة الرأى الأول

احتجوا بالنص وبالقياس وبالمصلحة وبالمعقول .

أولاً — النص :

(١) من الكتاب :

احتجوا بعموم ما ورد في القرآن مثل قوله تعالى : « وأحل الله .

(١) مفتاح الكرامة للعالمى ج ٤ ص ١٨٥ — ١٨٦ .

(٢) المنتزع المختار ج ٣ ص ٤١ أو ما بعدها « فصل في البيع الموقوف وأحكامه والشراء الموقوف وعقد غير ذى الولاية » .

(٣) انظر في فقه الإباضية النبل وشفاء العليل ج ٤ ص ١٣٦ .

(٤) أنظر في فقه أهل الظاهر المحلى لابن حزم ج ٨ ص ٤٣٤ فقد جاء فيه : « ولا يحل لأحد أن يبيع مال غيره بغير إذن صاحب المال له في بيعه فإن وقع فسخ أبدأ سواء كان صاحب المال حاضراً يرى ذلك أو غائباً ولا يكون سكوته رضاً بالبيع طالبت المدة أم قصرت ولو بعد مائة عام أو أكثر بل يأخذ ماله أبدأ هو وورثته بعده ، ولا يجوز لصاحب المال أن يبيع ذلك البيع أصلاً إلا أن يراضى هو والمشتري على ابتداء عقد بيع فيه » .

البيع،^(١) . وقوله جل شأنه : « يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم »^(٢) . وقوله سبحانه : « فإذا قضيت الصلاة فانتشروا في الأرض وابتغوا من فضل الله »^(٣) .

ووجه الدلالة من هذه الآيات أن الله سبحانه شرع البيع والتجارة وابتغاء الفضل ، فهذه النصوص عامة تشمل حل البيع سواء أكان نافذاً أو موقوفاً وسواء وجد الرضا من المتعاقدين في الابتداء ، أم وجد عند صدور الإجازة من يملكها في الانتهاء ، فيجب العمل بإطلاقها إلا ما خص بدليل^(٤) .

كما استدلوا بقوله تعالى : « وتعاونوا على البر والتقوى »^(٥) . ووجه الدلالة من هذه الآية أن عمل الفضولي ومن في حكمه ممن ينعقد تصرفهم موقوفاً يعتبر من قبيل التعاون على البر فيكون مشروهاً^(٦) .

(ب) من السنة :

قال السكرخي حدثنا إبراهيم بن موسى الجوزي قال حدثنا الحسن بن القزاز قال حدثنا سفيان عن شبيب بن غرقدة حدثنا الحفي عن عروة البارقي أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطاه ديناراً ليشتري به أضحية فاشترى شاتين فباع إحداهما بدينار وجاء بشاة ودينار فدعا النبي صلى الله عليه وسلم في بيعه بالبركة فكان لو اشترى تراباً ربح فيه .

(١) سورة البقرة آية ٢٧٥ ج ٣ .

(٢) سورة النساء آية ٢٩ ج ٥ .

(٣) سورة الجمعة آية ١٠ ج ٢٨ .

(٤) انظر البدائم للسكاساني ج ٥ ص ١٤٨ — ١٤٩ .

(٥) سورة المائدة آية ٢ ج ٦ .

(٦) انظر الفروق للقراقي ج ٣ ص ٢٤٣ .

وفي رواية حدثنا محمد بن كثير عن سفیان حدثنا أبو حصين عن شيخ من أهل المدينة عن حكيم بن حزام^(١) أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بحث به بدينار ليشتري له أضحية فاشتراها بدينار وباعها بدينارين فرجع واشترى أضحية بدينار وجاء بدينار إلى النبي صلى الله عليه وسلم فتصدق به ودعا له أن يبارك في تجارته . رواه أبو داود في البيوع وروى هذا الحديث الترمذی من طريق أبي كريب عن أبي بكر بن عياض عن أبي حصين عن حبيب بن أبي ثابت عن حكيم بن حزام^(٢) .

ووجه دلالة هذا الحديث على توقف التصرف أن عروة باع الشاة التي اشتراها للنبي صلى الله عليه وسلم بدون أمره ، ولم يبطل عقده بل أقره على ذلك فدل على أن مثل هذا التصرف صحيح ينتج آثاره بالإقرار أو بالإجازة ، ولو كان باطلا لرده وأنكر عليه ، ولأن ركن التصرف صدر من أهله مضافاً إلى محله ولا ضرر في انعقاده موقوفاً فينعقد ، ومن المعلوم أن حكماً لم يكن مأموراً ببيع الشاة فلو لم ينعقد تصرفه لما باع ولما دعا له رسول الله صلى الله عليه وسلم بالخير والبركة على ما فعل ولأنكر عليه لأن الباطل ينكر ولأن تصرف العاقل محمول على الوجه الأحسن ما أمكن ، وقد أمكن حمله على الأحسن ههنا لأنه قصد البر والإحسان والإعانة على ما هو خير للمالك^(٣) .

(١) حكيم بن حزام هو ابن أخ السيدة خديجة بنت خويلد زوج الرسول صلى الله عليه وسلم وكان يكنى أبا خالد أسلم يوم الفتح وأسلم معه أولاده وهم هشام وخالد وعبد الله وكلهم قد صاحب النبي وكان حكيم معمرًا فقد عاش في الجاهلية ستين سنة وفي الإسلام ستين سنة وكان من المؤلفات فلو بهم ثم حسن إسلامه ومات بالمدينة سنة ٥٤ هـ (انظر في هذا المعارف لابن قتيبة ص ١٣٥) .

(٢) انظر في تخريج هذا الحديث نصب الراية ج ٤ ص ٩٠ — ٩١ الطبعة الأولى ١٣٥٧ هـ -- ١٩٣٨ م .

(٣) انظر في هذا تبين الحقائق للزيلعي ج ٤ ص ١٠٢ الطبعة الأولى ١٣١٤ هـ ، وفتح القدير ج ٥ ص ٣٠٩ -- ٣١٠ ، والبحر الرائق لابن نجيم ج ٦ ص ١٦٠ ، والبدائع ج ٥ ص ١٤٩ ، والعناية للباقر ج ٥ ص ٣١١ ونجم الأهر شرح ملتقى الأبحر ج ٢ ص ٧٢ طبعة ١٣١٩ هـ .

إلا أنه يمكن القول بأنه قد يكون في هذه التصرفات ضرر في الجملة لأن للناس رغائب في الأعيان ففي مثل هذه الحالة ينبغي أن يتوقف التصرف على إجازة المالك ، فلا يجوز القول بإهدار تصرفه وإلحاق كلامه وقصده بكلام المجانين وقصدهم مع نذب الله عز وجل إلى ذلك وحته عليه^(١) .

وقد وجه إلى هذا الحديث بأن في رواية أبي داود رجلاً مجهولاً لا يدري من هو وما كان هذا سبيله من الرواية لم تقم به حجة قال البيهقي في ضعف حديث حكيم من أجل هذا الشيخ .

وفي رواية الترمذي أن حبيباً لم يسمع من حكيم . قال الترمذي بهد أن روى الحديث لا نعرفه إلا من هذا الوجه . وحبيب عندي لم يسمع من حكيم وعلى ذلك فيكون الحديث منقطعاً .

قال صاحب تكملة فتح القدير إذا ثبت أن حبيباً لم يسمع من حكيم دخل في الإرسال عندنا^(٢) . أقول وعلى ذلك فيصح الاحتجاج به اتفاقاً . أما الأئمة الثلاثة فلاحتجاجهم بالمرسل وأما الشافعي فلتوفر شرط الاحتجاج بالمرسل عنده فقد عضد بالحديث المسند وبأثر على رضى الله تعالى عنه وبالإجماع^(٣) .

(١) انظر البدائم للكاساني ج ٥ ص ١٤٩ . وانظر في استدلال المالكية بهذا الحديث بداية المجتهد لابن رشد ج ٢ ص ١٤١ الطبعة الأولى بمصر . وفي فقه الشافعية في المذهب القديم المجموع شرح المذهب ج ٩ ص ٢٥٩ وما بعدها ، ومتن البهجة وشرحها ج ٢ ص ٤٠٦ ، ومغني المحتاج ج ٢ ص ١٥ ، ونهاية المحتاج ج ٣ ص ٢٤ . وفي فقه الحنابلة المنى لابن قدامة ج ٤ ص ٢٠٥/٢٠٦ ، والقواعد لابن رجب ص ٤١٩ - ٤٢١ الطبعة الأولى ١٣٥٢ هـ . وفي فقه الشيعة الإمامية مفتاح الكرامة للعاملي ج ٤ ص ١٨٤ . وفي فقه الشيعة الزيدية البحر الزخار لابن المرتضى ج ٣ ص ٣٢٩ ، وللتزج الختار ج ٣ ص ٤١ وما بعدها ، وفي فقه الإباضية النيل وشفاء العليل ج ٣ ص ١٣٦ .

(٢) انظر تكملة فتح القدير ج ٦ ص ٢٥٥ .

(٣) انظر التقرير والتحجير ج ٢ ص ٢٨١ . وانظر في شروط احتجاج الشافعية بالحديث المرسل بحث في الأدلة المعارضة ووجوه ترجيحها للأستاذ بدران أبو العينين بدران بمجلة كلية الحقوق بجامعة الإسكندرية — الممد الثالث والرابع السنة العاشرة ص ٣٣٦/٣٣٧ .

وفوقش الحديث بأن المحدث لشيب الحى ، وما كان هذا سبيله من الرواية لم تقم به حجة للجهالة التى فى سنده فلا يتم الاستدلال به . كما أن لإخراج البخارى له لا يدل على صحته فإننا نرى كثيراً من الأحاديث المرسلة والمعلقة مذكورة فى البخارى وهى ليست بجارية على شرطه فلا صحيح عنده إلا ما يورده بسند موصول .

جاء فى البخارى^(١) : « حدثنا على بن عبد الله المدينى حدثنا سفيان حدثنا شبيب بن غرقدة قال سمعت الحى يحدثون عن عروة أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطاه ديناراً يشتري له به شاة فاشتري له بالدينار شاتين فباع إحداهما بدينار وجاء بدينار وشاة فدعا له بالبركة فى بيعه ، وكان لو اشتري التراب لرج فيه قال سفيان كان الحسن به عمارة جاء بهذا الحديث عن شبيب قال^(٢) سمعه من عروة فأثبته^(٣) فقال لم أسمعه من عروة بل سمعت الحى يخبرون بالحديث عنه ولكن سمعته يقول سمعت النبي صلى الله عليه وسلم يقول الخير معقود بنواصى الخيل إلى يوم القيامة ، .

وفوقش حديث البخارى من وجوه :

الوجه الأول : أن فى سنده من لم يسم فلا يصح الاستدلال به .

الوجه الثانى : أن ذكر البخارى لإنكار شبيب سماعه من عروة دليل على تضعيفه لصدر الحديث وإنما أورده لأنه لما خرج حديث الخيل انجر به سياق القصة إلى حديث الشاة صحيحاً عنده لإخراجه فى كتاب البيوع والوكالة كما هو دأبه فى الأحاديث المشتملة على الأحكام أن يذكرها فى الأبواب التى تصلح لها فعدم تخريجه لهذا الحديث إلا فى موضع الكلام عن

(١) إرشاد السارى للقسطائى ج ٧ ص ٣١٧ - ٣١٨ .

(٢) قال الحسن سمعه أى سمع شبيب من عروة .

(٣) أى أتى سفيان شبيباً .

الخيل دليل على عدم صحة صدره وألا عبرة إلا بعجزه .

الوجه الثالث : لا اعتداد بأن الحسن بن عمارة قال إن شيباً سمعه من عروة فالحسن بن عمارة أحد الفقهاء المتفق على ضعف حديثهم ، ففي التهذيب قال محمود بن غيلان عن أبي داود الطيالسي قال شعبة أتيت جرير بن حازم فقلت له لا يحل لك أن تروى عن الحسن بن عمارة قال جرحه عندي سفيان الثوري وشعبة بن حجاج فبقولها تركت حديثه وقال بن حبان كان يدلس على الثقة وقصارى القول فيه أنه متروك الحديث .

وأجيب عن المناقشة الأولى بأن ذكر الحى في الحديث لا يلزم منه الجهالة في السند المفضية إلى عدم صحة الاستدلال به بل إن ذكر الحى مشعر بأن شيباً لم يسمعه من رجل واحد بل سمعه من رجال متعددين . ربما يغيد خبرهم القطع به .

وأجيب عن المناقشة الثانية بأن ذكر البخارى لإنكار شيب سماعه من عروة لا يدل على تضعيف البخارى لصدوره بل أراد بذكر الإنكار نقل الحديث بوجه أكد إذ فيه إشعار بأن الحديث سمع من جماعة يمتنع تواطؤهم على الكذب .

أما كون الحديث جر إليه سياق القصة فذلك مسلم لكن لا يلزم منه أنه غير منطبق على شروط البخارى إذ السماع من متعددين أقوى من السماع من واحد وفي السماع من الحى سماع من متعددين ربما يغيد خبرهم القطع به لا سيما وقد ورد ما يعضده .

وأجيب عن المناقشة الثالثة بأن الحسن بن عمارة وإن كان متروك الحديث فهو لم يثبت شيئاً بقوله فقد وجد للحديث متابع عن أحمد وأبي داود والترمذى وابن ماجه من طريق سعيد عن أبي ليلى . ثم بعد هذه الإجابات الثلاثة التى لا يسع المعارض إلا الإذعان لها لا نرى بأساً من

ترجيح صحة الحديث وبذلك يتم الاستدلال به من هذا الطريق على مشروعية العقد الموقوف وانعقاد التصرف الصادر من غير ذي ولاية شرعية كالفضولي ومن في حكمه كالوكيل إذا تجاوز حدود الوكالة صحيحاً موقوفاً على الإجازة . وقد بينا أن عدم اعتراض النبي صلى الله عليه وسلم على تصرف عروة وإقراره وإجازته له دليل على صحة التصرف بالإجازة .

أما طريق الحديث التي هي عن سعيد عن أبي لييد عن عروة فهي طريق حسنة ، وبذلك يصلح الحديث بروايته دليلاً على المشروعية^(١) .

ثانياً — القياس :

قاسوا التصرف الموقوف كتصرف الفضولي على وصية المدين بدين مستغرق وبأكثر من الثلث ، وكبيع المرهون فإنه ينعقد موقوفاً على إجازة المرتهن وعلى العقد المشروط فيه الخيار^(٢) ، فإن هذه تصرفات لا حكم لها في الحال بل يتراخى الحكم فيها إلى حين الإجازة أو الرد .

وقد نوقش هذا بأن قياس التصرف الموقوف كتصرف الفضولي بالبيع على وصية المريض التي تتوقف على إجازة الورثة ، قياس غير صحيح ، فالوصية تحتل الغرر ، وتصح بالمجهول والمعدوم بخلاف البيع ، وكذلك لا يصح قياسه على البيع المشروط فيه الخيار لأن هذا البيع مجزوم به منعقد في الحال

(١) انظر في بيان ذلك نص الراية ج ٤ ص ٩٠-٩١ ، وإرشاد الساري للقسطلاني ج ٧ ص ٣١٧ - ٣١٨ ، وانظر أيضاً رسالة الوكالة لأستاذنا محمد زكريا البرديسي ص ١٧ - ١٩ .

(٢) جاء في فتح القدير ج ٥ ص ٣١٠ : « وصار (عقد الفضولي) كالوصية من المدينون المستغرق وبأكثر من الثلث إذا كان المعقود عليه باقياً حيث يتوقف على إجازة المستحق بالإجماع فهذا أصل لقياس صحيح وكالراهنين إذا تبايعا رهناً برهن بشئ لذن المرتهن انعقد وتوقف الحكم لحق المرتهن » . وفي فقه المالكية جاء في الفروق للقرافي ج ٣ ص ٢٤٤ : « البيع يقبل الخيار فيقبل الإيقاف » .

ولمّا المنتظر فسخه وإذا مضت المدة ولم يفسخ لزوم البيع^(١).

ويرد على هذا بأن هؤلاء الخصوم يسلمون بوجود تصرفات لا تنفذ في الحال ، فالتصرف المعلق تصرف أو سبب صحيح ولا حكم له في الحال ، وكذلك البيع المشروط فيه الخيار ، فهو تصرف أو سبب صحيح ولا حكم له في الحال ، والوصية بأكثر من الثلث ووصية المدين بدين مستغرق لماله فإنها تتوقف على إجازة المستحق ، فكيف مع هذا ينكرون فكرة التصرف الموقوف .

ثالثاً — رعاية المصلحة :

الأصل في التصرفات الشرعية الصحة لا الفساد ، واللائق بحال المسلم أن يوقع تصرفه على الوجه الجائز دون المحظور ترجيحاً لجانب الصحة التي هي الأصل وحسباً لحال المسلم على الصلاح ما أمكن .

ولهذا فإن ثبوت انعقاد تصرف الفضولي ومن في حكمه صحيحاً موقوفاً على الإجازة يتحقق به المصلحة لكل من المتعاقدين والمعقود له ولا ضرر على أحد في ذلك ولا يوجد منه مانع شرعي ، فقد وجد المقتضى لثبوته وانتفى المانع فيدخل ثبوته في العمومات التي توجب رعاية المصالح ودفع المضار .

وتحقق المصلحة في توقف العقد بالنسبة للمعقود له هو أنه بهذا التصرف يكتفي مؤنته إذا أراد القيام به بنفسه ، وبالنسبة للمتعاقد مع الفضولي فإنه يحصل له ما أراد من الوصول إلى محل العقد وبالنسبة للفضولي

(١) جاء في المجموع في فقه الشافعية ج ٩ ص ٢٦٣ : « والجواب عن قياسهم على الوصية أنها تحتل الفرر وتصح بالمجهول والمندوم بخلاف البيع . والجواب عن شرط الخيار أن البيع مجزوم به منعقد في الحال وإنما المنتظر فسخه ولهذا إذا مضت المدة ولم يفسخ لزوم البيع » .

فإنه يسان كلامه عن الإلغاء ويتحقق ما رغب فيه من إجراء التصرف ويحصل له الثواب إذا كان قد قصد به الإعانة والرفق بالمعقود له .

على أن تحقق هذه المصالح مع انتفاء المضار يوجب أن يقال بوجود الإذن به دلالة من صاحب الشأن وعلى ذلك تثبت للفضولى القدرة الشرعية على إجراء تصرف موقوف بهذا الإذن ، ولكن هذا الإذن دلالة يقتصر على التصرف الموقوف فلا يتعدى إلى إثبات ما لم يكن فيه مصلحة أو يكون فيه ضرر من نفاذ العقد يمنع من انعقاده ، والضرر المحتمل يمكن تفاديه بالوقف ، ومن ثم وجب القول بانعقاده صحيحاً موقوفاً لصدوره من أهله فى محل قابل لحكمه ، لأن أهلية التصرف بالعقل والبلوغ وقد توافرا ، وأما أنه فى محله فلأن محل العقد هو المال المتقوم ، وانعدام الملك للعائد للفضولى لا يعنى انعدام المالية والتقوم بدليل أنه إذا باع الشيء بإذن المالك جاز والإذن لا يقلب غير المحل محلاً .

فانعقاد التصرف موقوفاً على الإجازة فيه رعاية للمصلحة ويعتبر من قبيل التعاون على البر كما فى حالة تصرف الفضولى فهو من قبيل التسامح والتيسير على الناس فى المعاملات ورفع الحرج والضيق عنهم^(١) .

رابعاً — العقول :

يقرر هؤلاء الفقهاء أنه يثبت بالسبب الموقوف ملك موقوف ، كما يثبت بالسبب البات ملك بات ، ثم إن السبب إنما يلغو إذا خلا عن الحكم شرعاً ، أما إذا تأخر عنه الحكم فلا يلغو لأن الحكم تارة يتصل بالسبب وتارة يتأخر كما فى البيع بشرط الخيار ، وفى بيع الفضولى وهو تصرف موقوف

(١) انظر فى بيان ذلك البدائع لكاسانى ٥ ص ١٢٨ - ١٤٩ ، وفتح القدير ٥ ص ٣١٠ والمبسوط للسرخسى ١٣ ص ١٥٤ ، وبجم الأنهر فى شرح ملتقى الأبحر ٢ ص ٧٣ .

يتأخر الحكم إلى إجازة المالك ولا ينعدم أصلاً ، لأن عدم ترتب الحكم في الحال إنما هو لرفع الضرر عن المالك ولأن في تأخير الحكم إلى الإجازة توفيراً لمنفعة تعود عليه^(١) .

هذا فضلاً عن أن التصرف الموقوف إنما هو تصرف صدر من الأهل في المحل فلا يلغو بل يتحقق وجوده ثم يمتنع نفاذه شرعاً لما منع فيتوقف على زوال ذلك المانع وبالإجازة يزول هذا المانع^(٢) .

(١) جاء في المبسوط للسرخسي ج ١٣ ص ١٥٤ - ١٥٥ : « يثبت بالسبب الموقوف ملك موقوف ، كما يثبت بالسبب البات ملك بات ، ولهذا لو أعتق المشتري ثم أجاز المالك البيع نفذ عتقه وهذا لأنه لا ضرر على المالك في إثبات ملك موقوف بهذا السبب ، كما لا ضرر عليه في انعقاد السبب ، وإنما الضرر في زوال ملكه وبالمالك الموقوف لا يزول ملكه البات . والثاني أن السبب إنما يلغو إذا خلا عن الحكم شرعاً فأما إذا تأخر عنه الحكم فلا لأن الحكم تارة يتصل بالسبب وتارة يتأخر كما في البيع بشرط الخيار وهذا الحكم يتأخر إلى إجازة المالك ولا ينعدم أصلاً ، لأن انعدام الحكم في الحال لرفع الضرر عن المالك وفي تأخير الحكم إلى وجود الإجازة توفيراً لمنفعة تعود عليه . فلهذا انعقد السبب في الحال على أن يجعل لإجازته في الانتهاء كإذنه في الابتداء بخلاف بيع الطير في الهواء والسماك في الماء فهناك لنا العقد لانعدام محله والمحل غير مملوك أصلاً » .

وجاء في المحاشي الظهيرية (باب الفضولي) مخطوط رقم ٣١٧ بدار الكتب المصرية : « فإن قيل اعتبار التصرف شرعاً بحكمه لا بيعته ، فإذا لنا حكمه لنا تصرفه قلنا : مسلم لأن الحكم لا يثبت بهذا التصرف بل يثبت حكم يليق به فإنه يثبت بالسبب الموقوف حكم موقوف .. ولأن السبب إنما يلغو إذا خلا عن الحكم شرعاً فإذا تأخر حكمه عنه فلا لأن الحكم يثبت تارة ويتأخر تارة ، والراخي جائز بالإجماع أما على أصله فتجاوز سائر التعليقات فإنها أسباب في الحال ولا حكم لها وأما الإجماع فيجوز البيع بشرط الخيار بالإجماع أنه بيع وتراخي حكمه عنه » .

(٢) جاء في المبسوط للسرخسي ج ١٣ ص ١٥٤ : « والمعنى فيه (العقد الموقوف) أن هذا تصرف صدر من أهله في محله فلا يلغو كما لو حصل من المالك . لأن التصرف كلام وهو فعل اللسان خذله ما هو حد سائر الأفعال ، وإذا صدر من أهله في محله تحقق به وجوده ، ثم يمتنع نفوذه ، شرعاً لما منع فيتوقف على زوال ذلك المانع وبالإجازة يزول المانع وهو عدم رضا المالك به ويبان لأهلية أن التصرف كلام والأهلية للكلام حقيقة بالتمييز واعتباره شرعاً وبيانها أن البيع تمليك مال بمال فالمحل إما يكون محلاً بكونه مالا متقوماً ، وبانعدام الملك للعائد في المحل لا تعتمد المالية والتقوم ألا ترمي أنه لو باعه بإذن المالك جاز وما ليس بمحل لا يصير محلاً بالإذن والمحلية لا تختلف بكون التصرف مالاً كلاً أو غير مال » .

هذه هي أدلة القائلين باعتبار العقد الموقوف قسما من أقسام العقد الصحيح. ونحن نرتضى هذه الأدلة لأنها معقولة المعنى وسالمة من الخلل في جملتها .

أدلة الرأي الثاني

احتج هذا الفريق من الفقهاء القائل بأن العقد الموقوف عقد باطل بالنص وبالقياس وبالمعقول .

أولاً — النص :

روى عن حكيم بن حزام أنه قال : أتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت يا نبي الرجل يسألني من البيع ما ليس عندي ، أأبتاع له من السوق ثم أبيععه ؟ قال : « لا تبع ما ليس عندك » (١) .

ففي هذا الحديث ينهى الرسول صلى الله عليه وسلم عن بيع الشيء غير المملوك للبائع وأن يبعه يعتبر باطلاً لأنه تصرف صدر فيه نهى من الشارع الحكيم والنهى عند هؤلاء يقتضى البطلان .

ويناقش هذا من وجهين :

وانظر نفس المرجع ج ٥ ص ١٥ . وفي الفروق للقرافي ج ٣ ص ٢٣٢ — ٢٣٣ : « وأما أهلية التصرف فحقيقتها عندنا قبول يقدره صاحب الشرع في المحل وسبب هذا القبول المقدر التمييز عندنا ، وهذا القبول الذي هو أهلية التصرف لا يشترط فيه عندنا الإباحة فإن الفضولي عندنا له أهلية التصرف ولذلك عندنا إمضاء ذلك التصرف من غير تجديد عقد آخر فدل على أن ذلك المقدم المتقدم قابل للاعتبار وإنما تعلق به حق آدمي كتصرف العبد بغير إذن سيده » .

(١) انظر في هذا متني الأخبار مع نيل الأوطار ج ٥ ص ٢٥٢ — ٢٥٣ .

وانظر نصب الراية ج ٤ ص ١٩ — ٢٠ ، وسنن أبي داود (باب في الرجل يبيع ما ليس عنده ج ٣ ص ٣٨٤ تحقيق الأستاذ محمد عبي الدين عبد الحميد الطبعة الثانية ١٣٦٧ هـ / ١٩٥٠ م) .

الوجه الأول : أن النهى الوارد في الحديث خاص ببيع المعدوم ، فعنى لا تبع ما ليس عندك أى لا تبع المعدوم ^(١) .

الوجه الثانى : أن المراد من الحديث هو أن يبيع الشخص شيئاً ليس عنده ، ثم يشتريه ، ثم يسلمه بحكم البيع السابق على دخوله فى ملكه وهذا غير ممكن ، لأن الحادث يثبت مقصوراً على الحال ولا يسبق حكمه سببه ^(٢) . ونحن إذا تأملنا نجد أن هذا الحديث خاص ببيع المعدوم ، وليس معناه لا تبع ما لا ولاية لك عليه حتى يدخل فيه بيع الفضولى الذى ينعقد موقوفاً ، فخرج الحديث عن محل النزاع .

ثانياً — القياس على بيع الغدر :

فقد قالوا إن الفضولى لا يقدر على تسليم ما باعه عما لا يملكه فهو كبيع الآبق وكبيع السمك فى الماء والطير فى الهواء فهذه كلها بيع باطلة ^(٣) .

(١) جاء فى نيل الأوطار للشوكانى ج ٥ ص ٢٥٣ الطبعة الثانية ١٣٤٤ هـ : « قوله ما ليس عندك أى ما ليس فى ملكك وقدرتك والظاهر أنه يصدق على العبد المغضوب الذى لا يقدر على انتزاعه ممن هو فى يده وعلى الآبق الذى لا يعرف مكانه . فعنى قوله صلى الله عليه وسلم : « لا تبع ما ليس عندك » أى ما ليس حاضراً عندك ولا غائباً فى ملكك وتحت حوزتك . قال البغوى : التهى فى هذا الحديث عن بيع الأعيان التى لا يملكها أما بيع شئ موصوف فى ذمته فيجوز فيه السلم بشرطه فلو باع شيئاً موصوفاً فى ذمته عام الوجود عند المحل المشروط فى البيع جاز وإن لم يكن المبيع موجوداً فى ملكه حالة العقد كالسلم » .

وجاء فى البدائع للسكاسانى ج ٥ ص ١٤٧ فى الرد على الذين استدلوا بهذا الحديث : « ولأن بيع ما ليس عنده بطريق الأصالة عن نفسه تمليك ما لا يملك بطريق الأصالة وأنه محال وهو الشرط فيما يبيعه بطريق الأصالة عن نفسه » .

(٢) انظر فى هذا فتح القدير ج ٥ ص ٣٠٩ .

(٣) جاء فى مختصر الزنى ج ٢ ص ٢٠٤ : « وما يدخل فى هذا المعنى (بيع الغرر) أن يبيع الرجل عبداً لرجل ولم يملكه فالمقد فاسد أجازة السيد أو لم يجزه ، كما لو اشترى آبقاً فوجده لم يجز البيع » . وفى متن البهجة وشرح الشيخ زكريا الأنصارى عليها ج ٢ ص ٤٠٦ : « فلا يصح بيع الفضولى لأنه لا يقدر على تسليمه كالأبق وأولى » .

• — نظرية العقد الموقوف

ويناقش هذا بأن قياس تصرف الفضولى — وهو تصرف موقوف — ومن فى حكمه على بيع الغرر ، كبيع غير مقدور التسليم وكبيع الآبق وبيع الطير فى الهواء والسّمك فى الماء قياس مع الفارق ، ذلك أن عدم جواز البيع فى هذه الحالات إنما هو لانعدام المحل ، فالطير والسّمك ليسا بمملوكين أصلاً ، وما ليس بمملوك لأحد لا يكون محلاً للبيع ، وبيع الفضولى ليس كذلك فهو تصرف صحيح صادر من أهله فى محله ولا ينفذ إلا بإجازة صاحب الحق .

وأما بيع الآبق فينعقد فاسداً مفيداً للملك عند القبض وهذا هو مذهب الحنفية^(١) . ومن ثم فإن هذا القياس الذين يقولون به يكون قياساً غير صحيح لأن من شرط القياس أن يكون حكم الأصل متفقاً عليه^(٢) ، وبيع الغرر ليس متفقاً عليه من حيث أنه لا يترتب عليه أثر ، فالحنفية يترتب عليه بعض الآثار ويقولون يملك بالقبض ، وبذلك يفقد القياس شرطاً من شروطه ، وفوات الشرط يترتب عليه فوات المشروط .

ثالثاً — الموقوف :

ذهب هؤلاء الفقهاء إلى أن حكمة العقل قاضية بأن أفعال العقلاء يجب أن تصان عن العبث ، فالفضولى ومن فى حكمه يعتبر غير قادر على تنفيذ تصرفه ، وهذا يجعل عمله عرضة للبطلان إذا لم تحصل الإجازة وحصل الرد فيضيع وقته بدون جدوى ، لعجزه عن التنفيذ فضلاً عما فيه من إراقة لماء وجهه فوجب صون الناس عن مثل هذا .

وقد تساءلوا إذا باع الفضولى مال غيره فهل يملك المشتري للشيء وقت البيع ما باعه إياه الفضولى أم لا ؟ فإن كان لم يملكه وقت العقد فكيف

(١) انظر فى هذا فتح القدير ج ٥ ص ٣٠٩ - ٣١١ .

(٢) انظر فى بيان ذلك علم أصول الفقه لأستاذنا محمد زكريا البرديسى ص ٢٤١ طبعة ١٩٦١ م / ١٣٨١ .

يملكه وقت الإجازة ، وإن كان قد ملكه وقت العقد فكيف يبطله المالك
إن لم يرض بعمل الفضولى .

كما أنهم لا يسلمون بانفصال الحكم عن السبب ، فلا معنى للعقد عندهم
إلا كونه مفيداً للحكم الذى وضع له ، فإذا امتنع إفادته الحكم كان باطلاً
أو غير منعقد ، ويقولون إن البيع مزيل للملك ، وولاية إزالة المالك يكون
صدورها عن المالك ، ولا ملك للفضولى فاستحال انعقاد السبب .

كما أن أساس الانعقاد الولاية الشرعية على العقد ، فالولاية كالأهلية
شرط لصلاحية العبارة لعقد من العقود ، ولا ولاية إلا بأن يكون العاقد
ذا شأن فى العقد أو تكون له نيابة عن صاحب الشأن بولاية أو وكالة ، وذلك
لأن شرط انعقاد العقد أن يكون العاقد قادراً على تمكين العاقد الآخر
من كل أحكام العقد بالنسبة له ، فإذا لم تكن عنده هذه القدرة الشرعية
لم ينعقد العقد^(١) .

ويمكن أن يناقش ما استدلوا به من أن الحكم لا ينفصل عن سببه ،
بأن تأخر الحكم عن السبب لا يجعله لغواً ، لأن الحكم تارة يتصل بالسبب
وتارة يتأخر عنه كما فى البيع بشرط الخيار ينعقد فيه السبب بالإيجاب
والقبول ويتراخى الحكم إلى وقت الإجازة ، وإجازة المالك أو صاحب

(١) انظر المجموع فى فقه الشافعية ج ٩ (باب الميم) ص ٢٦٢/٢٦٣ ، وانظر المحلى لابن
حزم ج ٨ ص ٤٣٧ حيث أوضح أن : « بيع ملك الغير لا يترتب عليه انتقال ملكية الميم إلى
المشتري ، وكذا ملكية الثمن للبائى ، كما أنه ليس من المطلق فى شئ أن لا يصح عقد حين عقده
ثم يصح فى وقت آخر غير الوقت الذى انعقد فيه وأن هذا ليس مقبولا شرعاً ولا دليل من
القرآن أو السنة عليه والقول بغير ذلك يعتبر تحكماً فى دين الله عز وجل » .

وجاء فى متن البهجة وشرح الشيخ زكريا الأنصارى عليها ج ٢ ص ٤٠٦ : « ولو عقد
مع ظن فقد الولاية المفهومة ... فالمعتبر وجود الشرط فى نفس الأمر لا فى ظن العاقد ورب
على اعتبار الولاية قوله (حتى يرد بيع الفضولى) بأن ياع مال غيره بلا ولاية وكذا يرد شراؤه
لغيره بعين ما يملكه أو بثمن فى ذمته كما فهم بالأولى » .

الشأن تجعل الشيء مملوكاً للمشتري من وقت العقد وإن رد فلا ضير عليه إذ مال المالك محفوظ له .

كما يناقش ما استدلوا به من أن عقد الفضولي ومن في حكمه من العقود الموقوفة لا ينعقد لعدم الولاية الشرعية بأن الولاية شرط من شروط النفاذ^(١) ، لا من شروط الانعقاد ، وتختلف شرط النفاذ يترتب عليه وقف نفاذ العقد على الإجازة ممن يملكها شرعاً لا أن يقال ببطلانه .

هذه هي أدلة كل من القائلين باعتبار العقد الموقوف قسماً من أقسام العقد الصحيح والقائلين ببطلانه وما ورد عليهما من مناقشات .
ونحن إذ نقارن بين الرأيين فإننا نرجح الرأي الأول^(٢) لسلامة أدلته في جملتها ، وهو أولى بالقبول لما فيه من التيسير على الناس في معاملاتهم وتحقيق مصالحهم الضرورية والحاجية وإعانة بعضهم لبعض دون ضرر يلحق بأحد المتعاقدين ، هذا فضلاً عن أن القول بالوقف يتفق مع مبدأ الرضاية فلا يخرج شيء من ملك الشخص جبراً عنه أو دون إجازته ورضاه .

وبهذا الاتجاه أخذ المشرع في التقنين المدني العراقي فاعتبر العقد الموقوف قسماً من أقسام العقد الصحيح وليس عقداً باطلاً فنص في المادة ١٣٣ منه في فقرتها الثانية على أنه : « إذا لم يكن العقد الصحيح موقوفاً أفاد الحكم في الحال ، وفي هذا إشارة إلى أن العقد الصحيح منه النافذ ومنه غير النافذ أى الموقوف .

(١) انظر البحر الرائق لابن نجيم ج ٥ ص ٢٨١ .

(٢) انظر في ترجيح هذا الرأي مقال العقد الموقوف للدكتور محمد زكي عيد البر ص ١٣ ، وكتاب أحكام الأسرة في الإسلام (الزواج وآثاره في الفقه الإسلامي) لأستاذنا محمد سلام المذكور ج ١ ص ٢٠١ فقد جاء فيه : « العقد الموقوف : هو كما يرى الحنفية ومن وافقهم قسم من العقد الصحيح لأنه استوفى أركانه وشروط انعقاده وصحته غير أن من باشر العقد ليس له ولاية لإنشائه بأن كان فضولياً أو وكيلاً مقيداً بخروج عن حدود وكرانه » .

المطلب الثاني

مكانة العقد القابل للإبطال والعقد غير السارى بين العقود
الصحيحة وغير الصحيحة في القانون

عرفنا مكانة العقد الموقوف بين العقود الصحيحة وغير الصحيحة ،
وانتهينا إلى ترجيح رأى القائل باعتباره قسماً من أقسام العقد الصحيح وهو
رأى أغلب الفقهاء في المذاهب الإسلامية . فما مكانة العقد القابل للإبطال ،
وكذا العقد غير السارى أو غير النافذ في فقه القانون بين العقود الصحيحة
وغير الصحيحة .

قسم القانون المدنى المصرى الحالى العقد إلى قسمين : صحيح وباطل ،
وقسم العقد الباطل إلى عقد باطل بطلائاً مطلقاً وعقد باطل بطلائاً نسبياً
أو قابل للإبطال (١) . وبهذا يكون العقد الأخير قسماً من أقسام العقد
غير الصحيح .

أما العقد غير السارى أو غير النافذ ، فقد اختلف الرأى فى الفقه فى
التسكييف الصحيح لعدم السريان وهل هو صورة من صور البطلان أم هو
جزء يقوم بجواره ؟

فذهب رأى إلى أن عدم السريان أو عدم النفاذ صورة من صور البطلان
إذ أن كلا منهما يتصل بالتصرف القانونى ويمس بتحقيق آثاره (٢) .

وذهب رأى آخر إلى أن عدم السريان ليس بطلائاً ، لأنه يترك
التصرف صحيحاً فى علاقة مصدره والمستفيد المباشر منه ، أى أن العقد

(١) تسكلم المشرع فى التقنين المدنى المصرى الحالى عن العقد القابل للإبطال فى المواد من
١٣٨ إلى ١٤٠ ، كما تسكلم عن العقد الباطل بطلائاً مطلقاً فى المواد من ١٤١ - ١٤٤ .
(٢) انظر فى إيراد هذا الرأى رسالة الدكتور جميل الشرفاوى فى نظرية البطلان فى
القانون المدنى المصرى ص ١٤١ .

يكون صحيحاً منتجاً لآثاره فيما بين المتعاقدين ولكنه لا ينفذ أو لا يسرى في حق الغير ، فالعقد المستتر في الصورية صحيح فيما بين العاقدين ، ولكنه غير نافذ في مواجهة الغير حسن النية ، وفقاً لحكم المادة ٢٤٤ من التقنينين المدني المصري الحالي .

أما في البطلان المطلق فلا يرتب العقد أثراً لا فيما بين المتعاقدين ولا بالدسبة إلى الغير .

كما يلاحظ أنه في البطلان المطلق ، يحق لكل من المتعاقدين أن يتمسك به ، كما يتمسك به أيضاً كل ذي مصلحة ، أما عدم السريان فلا يتمسك به إلا الغير ويبقى التصرف صحيحاً في العلاقة بين طرفيه^(١) .

وقد جعل المشرع المصري نظرية عدم السريان نظرية مستقلة ، وأورد عليها عدة تطبيقات وأوضح أن عدم النفاذ لا يمس صحة التصرف وأنه ليس بطلاناً .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري الحالي تعليقاً على المادة ٢٤٣ : « ولما كانت الدعوى البوليصة دعوى عدم نفاذ فهي لا تمس صحة التصرف المطعون فيه ، ومؤدى ذلك أن هذا التصرف يظل صحيحاً منتجاً لجميع آثاره ، وكل ما هنالك أنه يصبح غير نافذ في حق الدائنين وبالقدر اللازم لحماية حقوقهم دون إفراط أو تفريط » .

ونحن نرجح القول بأن عدم السريان أو عدم النفاذ ليس بطلاناً ، إذ أن التصرف يلبساً صحيحاً منتجاً لآثره فيما بين المتعاقدين ولكنه لا يسرى

(١) انظر في هذا النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام) للأستاذ الدكتور اسماعيل غانم ٢٧٧ - ٢٧٨ طبعة ١٩٦٦ م ، وانظر أيضاً في بيان التفرقة بين البطلان وعدم السريان دى لامورانديير في شرح القانون المدني الفرنسي في الالتزامات ج ٢ فقرة ٧٤٥ ص ٤٢٢ - ٤٢٣ .

بالنسبة إلى الغير الذي لم يكن طرفاً في العقد طبقاً لمبدأ نسبية أثر العقد .
فإذا أقره هذا الغير أصبح التصرف نافذاً في حقه .

المبحث الثاني

مكانة العقد الموقوف بين العقود المنجزة والمضافة والمعلقة
وما يقابله في القانون

المطلب الأول

مكانة العقد الموقوف بين العقود المنجزة والمضافة والمعلقة في الشريعة
وقف نفاذ العقد أمر يتصل بآثار العقد ، فيقال هذا العقد موقوف
أو نافذ أو صحيح أو باطل نتيجة ما للعقد من قوة ترتب آثاره عليه في
الحال أو على التراخي ، كما في حالة العقد الموقوف .
فالوقف والنفاذ وال لزوم والبطالان والفساد تتصل كلها بآثار العقد .
أما وصف العقد بأنه منجز أو مضاف أو معلق ، فهذا أمر يتعلق
باتصال آثار العقد بصيغته أو باتصال آثار العقد به وقت إنشائه .
وبين فيما يلي حقيقة كل من العقد المنجز والمضاف والمعلق مع المقارنة
بينها وبين العقد الموقوف .

العقد المنجز :

هو ما كانت صيغته غير مضافة إلى زمن ، ولا معلقة على شرط بأداة من
أدوات التعليق ، سواء أ كان مطلقاً أم مقيداً بشرط لأن التقيد بالشرط
لا يمنع تنجيز العقد ، بل هو التزام زائد على ما أوجبه العقد . ومثال ذلك أن

يقول شخص لآخر أجرتك بيتي ابتداء من الآن بشرط أن تدفع إلى الأجرة مقدماً فيقول قبلت .

وحكم العقد المنجز أن آثاره تترتب عليه بمجرد تمامه فلا تتأجل^(١) .
وكل العقود يصح تنجزها ، بل هذا هو الأصل فيها ماعدا الوصية والإيضاء^(٢) فإنهما مضافان إلى ما بعد الموت بطبيعتهما حتى لو كانت صيغتهما منجزة .

وقد نصت على حكم العقد المنجز المادة ٢٢٢ من مرشد الخير ان فقالت :
« العقد المنجز ما كان بصيغة مطلقة غير معلقة بشرط ولا مضافة إلى وقت مستقبل وهذا يقع حكمه في الحال ، » .

وعلى هذا يختلف العقد المنجز عن العقد الموقوف في عدم ترتب آثار الأخير عليه إلا بعد الإجازة ممن يملكها من ولى أو وصى أو مالك ، كما في حالة بيع ملك الغير .

العقد المضاف :

هو ما صدر بصيغة أضيف فيها الإيجاب إلى زمن مستقبل ، سواء أكانت مطلقة أو مقترنة بشرط ، كأن يقول شخص لآخر أجرتك دارى ابتداء من السنة الآتية بكذا بشرط أن تدفع الأجرة عند ابتداء العقد فيقول الآخر قبلت .

وحكم العقد المضاف أنه ينعقد في الحال علة لحكمه ولكن لا يوجد حكمه إلا في الوقت الذى أضيف إليه . وكلا العقد المضاف والعقد

(١) انظر المعاملات الشرعية للشيخ على الخفيف ص ٢٥٦ والدخل للفقه الإسلامى للأستاذ محمد سلام . مذكور ص ٦٠٣ الطبعة الثانية ١٣٨٣ هـ - ١٩٦٢ م .

(٢) الإيضاء جعل الغير وصياً على أولاده بعد موته (انظر الوصايا في الفقه الإسلامى) ص ٢٣٩ للأستاذ محمد سلام مذكور الطبعة الأولى ١٩٥٨ م .

الموقوف لا ينتج أثره بعد انعقاده مباشرة بل إن هذه الآثار تتراخى إلى حين الإجازة في العقد الموقوف وإلى حلول الأجل في العقد المضاف .
ويجدر بنا أن نميز هنا بين العقد الموقوف ، والعقد المضاف إلى الزمن المستقبل ، وكذا العقد المشروط فيه الخيار في أمرين :

أحدهما : أن تأخير الأحكام في العقد المضاف يكون من ذات الصيغة المنشئة للعقد ، لا من أمر خارج عنها ، وذلك بخلاف خيار الشرط والعقد الموقوف ، فإن تأخير الحكم فيهما ليس ناشئاً من الصيغة ، ولكن من أمر زائد عليها في حالة خيار الشرط ، ومن أمر خارج عنها في حالة العقد الموقوف ، كما في تصرف الفضولي الذي يتصرف في حق الغير بدون إذن شرعي ودون أن تكون له ولاية التصرف .

ثانيهما : أن العقد المضاف إلى الزمن المستقبل لا يمكن أن تثبت أحكامه قبل الزمن المضاف إليه بحال من الأحوال ، أما العقد المشروط فيه الخيار فإنه بإبطال خيار الشرط أو بإجازة العقد فإنه تثبت الأحكام مستندة إلى وقت صدور العقد وإنشائه . وكذلك في العقد الموقوف كما في حالة بيع الفضولي لمال الغير ، إذا أجاز المالك البيع ثبت حكمه مستنداً إلى وقت صدوره ، أما في العقد المضاف فإن أحكامه لا تثبت إلا من وقت حلول الزمن المضاف إليه ، لأنه لا يوجد سبب لثبوتها قبل ذلك ، فالعقد المضاف ينعقد سبباً في الحال ، ولكن السببية لا تعمل عملها إلا في المستقبل (١) .

(١) انظر في هذا الماملات الشرعية للشيخ علي الحيفي ص ٢٦٧ ، ١٩٤٧ . وقد جاء في كتاب الفقه الإسلامي ص ٣٩٦ - ٣٩٧ طبعة ١٩٥٤م الأستاذ محمد سلام مذكور في بيان الفرق بين كل من العقد الموقوف والعقد المضاف : « العقد المضاف والعقد الموقوف كلاهما ينعقد سبباً لحكمه في الحال ولكن يتأخر ظهور الحكم في المضاف بسبب الصيغة نفسها ، أما في العقد الموقوف فسبب إجازة من له ولاية إنقاذ العقد كأن يعقد فضولي بيعاً لمثل فلا ينفذ البيع إلا إذا أجاز المالك الأصلي . وكذلك العقد المضاف لا يترتب عليه حكمه إلا في الزمن الذي أضيف إليه وبلا أثر رجعي لأن المقصود من الإضافة ألا يترتب الحكم إلا في ذلك الوقت ، أما في العقد الموقوف فالإجازة اللاحقة كالإذن السابق ومن ثم يترتب حكمه بأثر رجعي هو وقت انعقاد التصرف » . وانظر له أيضاً المدخل للفقه الإسلامي ص ٦٠٣ .

العقد المعلق

التعليق هو ربط حصول مضمون جملة بحصول مضمون جملة أخرى بأن ونحوها (١) وبعبارة أخرى هو معلق وجود على وجود أمر آخر بأداة من أدوات التعليق، فإن كان ذلك الأمر المعلق عليه موجوداً وقت التعليق كان التعليق صحيحاً وكان العقد منجزاً. كأن يقول شخص لآخر إن كان فلان مديناً لك بألف جنيه فأنا كفيل ويقبل الآخر ثم يظهر أن فلاناً كان في هذا الوقت مديناً بهذا المبلغ.

وإن كان ذلك الأمر غير موجود، ولكنه مستحيل الوجود، فإن العقد لا ينعقد أصلاً كأن يقول شخص لآخر إن سقطت السماء على الأرض فقد وكلتك في بيع هذا المنزل.

وإن كان على خطر الوجود فيجوز أن يوجد وألا يوجد فهذا هو العقد المعلق تعليقاً حقيقياً، وبه لا يوجد العقد ولا يترتب عليه حكمه إلا بعد وجود المعلق عليه. إذ بوجوده يوجد العقد ويلشأ فتترتب عليه آثاره فإذا قال شخص لآخر إن شفيت من مرضى فسأصدق بجزء من مالى، أو يقول إن سافرت إلى البلدة فقد وكلتك، فإن الشفاء معدوم الآن ويحتمل وجوده في المستقبل وكذلك السفر.

وقد نصت على حقيقة العقد المعلق المادة ٢٢٣ من مرشد الخيران فقالت: «العقد المعلق هو ما كان معلقاً بشرط غير كائن أو بحادثة مستقبلية، والمعلق يتأخر انعقاده سبباً إلى وجود الشرط فعند وجوده، ينعقد سبباً مفضياً إلى حكمه».

(١) جاء في رد المختار لابن عابدين ج ٤ ص ٢٣١ الطبعة الثالثة ١٣٢٥ هـ :
« التعليق ربط حصول مضمون جملة بحصول مضمون جملة أخرى ... ومثال التعليق
بعتك إن رضى فلان » .

كما نصت المادة ٢٢٤ على أنه « يشترط لصحة التعليق أن يكون مدلول فعل الشرط على خطر الوجود لا محققاً ولا مستحيلاً » .

وكذلك نصت المادة ٢٢٥ على أن : « العقد المعلق على أمر محقق منجز في الحال إذا كان لبقائه حكم ابتدائه » .

والفرق بين كل من العقد المعلق والمضاف أن التعليق يمنع العقد من أن يصير سبباً لحكمه في الحال ، ثم لا ينعقد سبباً إلا عند وجود الأمر الذي علق عليه وقرن وجوده بوجوده .

أما العقد المضاف فإنه لا يمنع العقد من أن يصير سبباً في الحال أى وقت صدوره ، ولكن تؤخر آثاره إلى الوقت المضاف إليه (١) ، ولكن الشافعية لا يفرقون بين العقد المعلق والعقد المضاف ، فكل منهما يكون عندهم سبباً لحكمه في الحال ، وإنما يتأخر الحكم بسبب الإضافة في المضاف وبسبب التعليق في العقد المعلق (٢) .

ويتفق مع الشافعية الإمام ابن تيمية فقد ذهب إلى أن التعليق بحلول وقت معين إضافة في المعنى ولا فارق بينه وبين الإضافة (٣) .

ويتفق العقد الموقوف مع العقد المعلق ، في أن كلا منهما لا ينتج أثره

(١) انظر ابن عابدين ج ٣ ص ٣٢٢ وانظر أيضاً المعاملات الشرعية الأستاذ الشيخ على الحقيف ٢٥٧ — ٢٥٨ . وانظر في بيان ما يصح تعليقه من العقود وما لا يصح ، نفس المرجع ص ٢٥٩ — ٢٦٣ طبعة ١٣٦٦ هـ / ١٩٤٧ م . وانظر المدخل للفقه الإسلامى للأستاذ محمد سلام المذكور ص ٦٠٦ وما بعدها الطبعة الثانية ١٣٨٣ هـ / ١٩٦٣ م .

(٢) انظر في فقه الشافعية المجموع شرح المذهب ج ٩ ص ٣٤٠ والمدخل للفقه الإسلامى الأستاذ محمد سلام المذكور ص ٦٣٢ .

(٣) انظر فتاوى ابن تيمية ج ٣ ص ٣٥٣ .

في الحال ، فالأول ينتج أثره إذا ما أجزى ، أما الثاني فلا ينعقد سبباً إلا عند وجود الأمر الذى علق عليه .

وتصرح النصوص في فقه المذاهب القائلة باعتبار العقد الموقوف قسماً من أقسام العقد الصحيح ، بأن التصرفات — التى تصدر عن ليست له ولاية شرعية كالفضولى — يعبأ كانت أرم إجارة أو نكاحاً أو طلاقاً تنعقد موقوفة مادام لها مجيز حال وقوعها ويثبت في جميعها الحكم بالإجازة ، فلا فرق في هذا بين أن يكون التصرف قابلاً للتعليق أو غير قابل له (١) .

ولو أخذنا فكرة العقد الموقوف على أنه التصرف الذى يستند حكمه بالإجازة إلى وقت إجرائه ، وجب أن نستبعد التصرفات التى تقبل التعليق كالطلاق ، فإن أحكام هذه التصرفات وإن ثبتت بالإجازة فإنها لا تستند إلى وقت إجرائها وإنما تقتصر على حدوث الإجازة (٢) فهى بهذا تختلف في الطبيعة عن التصرفات الموقوفة غير القابلة للتعليق كالبيع ونحوه لأن التعليق يتنافى مع طبيعتها وكل ما ينافى مقتضى العقد يبطل العقد (٣) .

(١) جاء في فتح القدير ج ٥ ص ٣١١ : « ... تصرفات الفضولى تتوقف عندنا إذا صدرت وللتصرف مجيز سواء كان تملكاً كالبيع والإجارة والهبة والتزويج أو إسقاطاً حتى لو طلق امرأة غيره أو أعتق عبده فأجاز طلق وعتق وكذا سائر الإسقاطات للديون وغيرها وكان الأحسن أن يقول تصرف شرعى » .

(٢) جاء في فتاوى قاضيخان ج ٣ ص ٢٠ بهامش الفتاوى الهندية : « امرأة قالت جعلت أمرى بيدي واخترت نفسى وكان الزوج حاضراً فأجاز أو كان غائباً فبأجه فأجاز ، صار الأمر بيدها في مجلس علمها بالإجازة » .

(٣) جاء في فتح القدير ج ٥ ص ٣١٥ : « أما عدم وقوع الطلاق في التفويض الموقوف فالأصل فيه أن كل تصرف جعل شرعاً سبباً لحكم إذا وجد من غير ولاية شرعية فلم يستعقب حكمه وتوقف إن كان مما يصح تعليقه جعل معلقاً وإلا احتجنا أن نجعله سبباً في الحال متأخراً حكمه إن أمكن فالبيع ليس مما يعلق فيجوز سبباً في الحال فإذا زال المانع من ثبوت الحكم لوجود الإجازة ظهر أثره من وقت وجوده ... وأما التفويض فيجوز التعليق فجعلنا الموجود من الفضولى معلقاً بالإجازة فعندها يثبت التفويض في الحال لا مستنداً » .

وهناك فرق آخر بين التصرف الموقوف والتصرف المعلق ، فالأول
علة إسماء ومعنى لاحكاماً والثاني علة إسماء لا معنى ولا حكماً .

ويوضح الفقهاء حقيقة كون تصرف الفضولي وهو من التصرفات
الموقوفة علة إسماء ومعنى لاحكاماً عند بيان أقسام العلة فيقولون : « علة إسماء
ومعنى لاحكاماً ، وهى ما أضيف الحكم إليها وأثرت فيه ولم تقتزن به وذلك
كبيع الفضولي الذى يتوقف على إجازة المالك ، فهذا البيع الصادر من
الفضولى علة إسماء لأن الحكم وهو المالك يضاف إليه ، وعلة معنى لأن المؤثر
فى المالك هو ذلك البيع فهو بيع صادر من أهله مضاف إلى محله ، فثبت للملك
المشترى موقوفاً على إجازة المالك . وليس يبيع الفضولى علة حكماً لأن
الحكم وهو الملك البات لا يقتزن بالبيع وإنما يترأخى عنه إلى إجازة المالك ،
لأن ملكه محترم لا يجوز إبطاله بغير إذنه ، فلو ثبت للملك البات قبل
الإجازة لتضرر المالك لخروج العين عن ملكه بغير رضاه ^(١) .

ولهذا الفرق السابق أثره فى الحكم ، فالتصرف المعلق لا يستند حكمه
بالإجازة إلى وقت وجوده ، بل يقتصر على وقوع ما علق عليه ^(٢) بخلاف
البيع الموقوف الذى يستند حكمه بالإجازة إلى وقت إنشائه ولذلك يقولون
الإجازة اللاحقة كالإذن السابق .

(١) انظر فى هذا علم أصول الفقه للأستاذ البرديسى ص ٢٧٢ الطبعة الثانية ٣٨١ هـ /
١٩٦١ م . وفى حاشية الأزهرى المسماة بمرآة الأصول على شرح مرآة الوصول ج ٢ ص ٤٠١
« البيع الموقوف علة إسماء للوضع ومعنى للتأثير . . . فبيع الفضولى مال غيره ، وضم حكمه
وهو الملك . . . فالمشترى من الفضولى يملك المبيع ملكاً موقوفاً على إجازة المالك . لأن
حق المالك مانع عن ترتب الحكم فى الحال لأن حقه محترم لا يجوز إبطاله عليه بلا إذنه فيتأخى
إلى زمان إذنه فإذا زال المانع بالإجازة يثبت الحكم بهذا البيع مستنداً إلى وقت العقد » .

(٢) جاء فى التلويح ج ٢ ص ١٣٣ : « أنت طالق غداً ، فإنه علة إسماء ومعنى لإضافة
الحكم إليه وتأثيره فيه ، لاحكاماً لتأخى الحكم عنه فيشبه الأسباب . . . فلهاذا يقتصر وقوع
الطلاق على مجئ القدر من غير استناد إلى زمان الإيجاب » .

ونحن نخلص مما تقدم بالقاعدة الآتية :

« كل تصرف جعل شرعاً سلباً لحكم إذا صدر من غير ذى ولاية شرعية كالفضولى ومن فى حكمه لم يستعقب حكمه بل يتوقف على الإجازة ، فإذا أجاز يثبت الحكم مستنداً إلى وقت إنشائه ، إذا كان التصرف مما لا يحتتمل التعليق كالبيع ونحوه ، أما إذا كان مما يحتتمل التعليق كالطلاق فيثبت حكمه من وقت الإجازة — وليس مستنداً — كما هو قاعدة التعليق » .

المطلب الثانى

ما يقابل فكرة العقد المعلق والمضاف فى القانون

يقابل فكرة العقد المعلق والمضاف فى فقه القانون : الشرط الواقف والأجل الواقف .

الشرط الواقف :

الشرط هو أمر مستقبل غير محقق الوقوع ، ومثال ذلك أن يقول شخص لآخر أبيعك منزلى إذا نقلت إلى الإسكندرية .

والشرط الواقف ينصب تأثيره على نفس وجود الالتزام ، وعلى هذا نصت المادة ٢٦٥ من التقنين المدنى المصرى الحالى فقالت : « يكون الالتزام معلقاً على شرط واقف إذا كان وجوده معلقاً على أمر مستقبل غير محقق الوقوع » ^(١) . فالالتزام لا يوجد إلا إذا تحقق الشرط ، ويعتبر الالتزام

(١) ويقابل هذا ما نص عليه المشرع فى قانون الموجبات والعقود البنائى فى المادة ٨١ التى تنص على أن : « الشرط عارض مستقبل غير مؤكد يتعلق عليه تولد الموجب أو سقوطه ويكون له مفعول رجعى إلا إذا تحصل العكس من مشيئة الفريقين أو من ماهية الموجب وفى الحالة الأولى المشار إليها فى الفقرة السابقة يقال له شرط التعليق وفى الحالة الثانية يسمى شرط الإنهاء » .

بهذا غير نافذ ، لأنه إذا كان الالتزام الشرطى موقوف الوجود فإنه لا يكون نافذاً حتى يوجد ذلك الالتزام وهو لا يوجد إلا عند تحقق الشرط^(١) وهذا ما نصت عليه المادة ٢٦٨ من التقنين المذكور بقولها : « إذا كان الالتزام معلقاً على شرط واقف فلا يكون نافذاً إلا إذا تحقق الشرط » .

ويبين من ذلك أن الشرط الواقف يتفق مع العقد الموقوف ، في أن كلا منهما لا يمتنع أثره في الحال ، بل عند تحقق الشرط الذى علق عليه بالنسبة للأول وعند الإجازة بالنسبة للثانى ، كما أن الشرط الواقف ينسحب أثره إلى وقت التعاقد لا إلى وقت تحقق أو تخلف الشرط ، وهذا ما يسمى بالآثر الرجعى للشرط ، وكذلك فقد يكون الإجازة فى العقد الموقوف أثر رجعى كما فى حالة بيع الفضولى لمال الغير .

هذا إذا تحقق الشرط الواقف أما إذا تخلف فإن حق الدائن الذى كان حقاً محتملاً وقت التعليق ينعدم من أساسه ويعتبر أن الدائن لم يكن له حق ما على موضوع الالتزام .

وقاعدة الآثر الرجعى للشرط ليست مطلقة بل يرد عليها استثناءات فهمى لا تنطبق فى الحالات الآتية :

١ — إذا تبين من إرادة المتعاقدين أن وجود الالتزام أو زواله إنما يكون فى الوقت الذى تحقق فيه الشرط ، كما هو الشأن فيمن يلتزم بإلحاق شخص ما بخدمته ويعلق التزامه على شرط معين فإن إرادته تكون منصرفة عن ترتيب أى أثر رجعى للشرط .

٢ — إذا تبين من طبيعة العقد أن وجود الالتزام لا يكون إلا فى الوقت الذى تحقق فيه الشرط ، وذلك كما فى العقود الزمنية كعقد الإيجار ،

(١) انظر أحكام الالتزام للدكتور إسماعيل غانم ج ٢ ص ٢٧ طبع ١٩٦٤ م .

فالزمن فيه عنصر جوهري فلا يكون لتحقق الشرط فيه أثر رجعي .

٣ — إذا أصبح تنفيذ الالتزام قبل تحقق الشرط غير ممكن لسبب أجنبي لا يد للمدين فيه ، كما في حالة هلاك الشيء الملزم به ، فإن تبعة الهلاك تتحدد نهائياً عند هلاك الشيء ولا تتأثر بعد ذلك بتحقيق الشرط^(١) .

وهذه الأحكام تضمنتها المادة ٢٧٠ من التقنين المدني المصري الحالي التي تنص على أنه :

١ — إذا تحقق الشرط استند أثره إلى الوقت الذي نشأ فيه الالتزام ، إلا إذا تبين من إرادة المتعاقدين أو من طبيعة العقد أن وجود الالتزام أو زواله إنما يكون في الوقت الذي تحقق فيه الشرط .

٢ — ومع ذلك لا يكون للشرط أثر رجعي إذا أصبح تنفيذ الالتزام قبل تحقق الشرط غير ممكن لسبب أجنبي لا يد للمدين فيه .

وكذلك فإن العقد الموقوف قد يقع الحكم فيه مقتصرأ على حال الإجازة ولا يستند إلى وقت التعاقد كما في حالة طلاق الفضولي .

وإذا كان العقد الموقوف يتفق مع الشرط الواقف فيما تقدم ، فإن الثاني يختلف عن العقد الموقوف وعن العقد المعلق ، في أن الالتزام نفسه لا يوجد إلا عند تحقق الشرط ، أما بالنسبة لها فالعقد موجود ولكنه غير نافذ بالنسبة للعقد الموقوف ولتعليقه بالنسبة للعقد المعلق .

(١) انظر في هذا أحكام الالتزام للأستاذ الدكتور اسماعيل غانم ج ٢ ص ٣٦/٣٥ .

الأجل الواقف في القانون

الأجل وصف يترتب عليه وقف تنفيذ الالتزام حتى تحل واقعة مستقبلية ومحققة الوقوع ، ومثال ذلك أن يبيع شخص شيئاً ويتعهد بتسليمه بعد شهر وقد يكون تاريخ وقوعه غير معروف كالوفاة .

فالأجل في فقه القانون يقف نفاذ الالتزام ولا يقف وجوده حتى الدائن يكون موجوداً ، ولكنه لا يكون نافذاً^(١) .

وقد نصت على معنى الأجل المادة ٢٧١ من التقنين المدني المصري الحالي فقالت :

١ — يكون الالتزام لأجل إذا كان نفاذه أو انقضاؤه مترتباً على أمر مستقبل محقق الوقوع .

٢ — ويعتبر الأمر محقق الوقوع متى كان وقوعه محتملاً ولو لم يعرف الوقت الذي يقع فيه^(٢) .

ويتضح من هذا أن الأجل الواقف يتفق مع العقد الموقوف في أن كلاهما لا ينتج أثره في الحال ، ففي الأول ينتج الالتزام أثره بعد حلول الأجل ، وفي الثاني بعد إجازته من يملك الإجازة شرعاً ، غير أنهما يختلفان في أن الالتزام في حالة الأجل الواقف ينتج أثره دون أن يكون له أثر رجعي ، أما في حالة

(١) انظر في هذا النظرية العامة للالتزامات للدكتور عبد الحى حجازى الجزء الأول الالتزام في ذاته ص ١٤٨ مطبعة ١٩٥٣م وأحكام الالتزام للدكتور إسماعيل غانم ص ٢٠٢ ، وانظر أيضاً رسالة الأجل في الالتزام للدكتور عبد الناصر العطار ص ١٠٦/١٠٧ .

(٢) ويقابل هذا نص المادة ١٠٠ من قانون الموجبات والعقود اللبناني التي تنص على أن : « الموجبات يمكن تقييدها بأجل والأجل أمر عارض مستقبل مؤكد الحدوث من شأنه أن يوقف استحقاق الموجب أو سقوطه ولا يكون له مفعول رجعى » .

العقد الموقوف فإن العقد إذا أجزأ أنتج أثره مستنداً أو بأثر رجعي ، وقد يقع مقتصرأ على حال الإجازة^(١) .

وقد تضمنت المادة ٢٧٤ من التقنين المدني المصرى الحالى النص على أن الالتزام المقترن بأجل لا يكون مستحق الأداء من وقت الاتفاق بل من وقت حلول الأجل فقالت : « إذا كان الالتزام مقترناً بأجل واقف فإنه لا يكون نافذاً إلا فى الوقت الذى ينقضى فيه الأجل وهو ما يستفاد من طبيعة الأجل ونية المتعاقدين » .

(١) انظر فى تفصيل هذا الباب الثالث من هذا القسم تحت عنوان « حكم الإجازة » .

الفصل الثالث

حالات العقد الموقوف في الشريعة وما يقابلها في القانون

المبحث الأول

حالات العقد الموقوف في الشريعة

إذا نظرنا نجد أن المذهب الحنفي قد عني بتعداد حالات العقد الموقوف وأفاض فقهاؤه في تعدادها.

وسنورد هنا هذه الحالات، على نحو ماوردت في كتب الفقه ثم سنحاول بعد ذلك تقسيمها وتنظيمها ونستبعد منها ما يخرج عن نطاق بحثنا.

وهذه الحالات هي :

- ١ - بيع العبد فهو موقوف على إجازة المولى .
- ٢ - بيع الصبي موقوف على إجازة الأب والوصى .
- ٣ - بيع غير الرشيد موقوف على إجازة القاضي .
- ٤ - بيع المرهون . ٥ - والمستأجر . ٦ - وما في مزارعة الغير موقوف على إجازة المرمين والمستأجر والمزارع .
- ٧ - بيع البائع للشيء المبيع بعد القبض من غير المشتري موقوف على إجازة المشتري ، أما قبل القبض في المنقول فلا ينعقد أصلا .
- ٨ - بيع المرتد عند الإمام أبي حنيفة . ٩ - وبيع الشيء برقه .
- ١٠ - والبيع بما باع به فلان والمشتري لا يعلم ، موقوف على العلم في المجلس .

- ١١ — والبيع الذى فيه خيار المجلس . ١٢ — والبيع بمثل ما يبيع الناس .
- ١٣ — والبيع بمثل ما أخذ به فلان .
- ١٤ — وبيع المالك للشيء المغصوب موقوف على إقرار الغاصب أو البيئنة بعد إنكاره . ١٥ — وبيع مال الغير .
- ١٦ — والبيع المشروط فيه الخيار أكثر من ثلاثة أيام ، فإن أسقطه من له الحق فى الخيار قبل مجئ اليوم الرابع جاز البيع وإلا فسد .
- ١٧ — الوكيل بشراء عبد إذا اشترى نصفه فإنه موقوف ، فإن اشترى الباقي قبل الخصومة نفذ على الموكل .
- ١٨ — الوكيل ببيع العبد إذا باع نصفه فإنه موقوف على بيع الباقي قبل الخصومة عند أبى يوسف ومحمد وعند أبى حنيفة يعتبر البيع نافذاً .
- ١٩ — بيع الشريك نصيبه من مشترك بالخلط والاختلاط موقوف على إجازة شريكه .
- ٢٠ — بيع مافى تسليمه ضرر موقوف على تسليمه فى المجلس .
- ٢١ — بيع المريض عيناً من أعيان ماله لبعض ورثته موقوف على إجازة باقى الورثة ولو كان بمثل القيمة عند أبى حنيفة .
- ٢٢ — بيع السيد عبده المأذون المديون موقوف على إجازة الغرماء .
- ٢٣ — بيع الوارث للتركة المستغرقة بالدين موقوف على إجازة الغرماء .
- ٢٤ — الوكيل إذا وكل بلا إذن وتعميم فعقد الوكيل الثانى يتوقف على إجازة الوكيل الأول .
- ٢٥ — أحد الوكيلين إذا باع بحضرة صاحبه فإنه يتوقف على إجازته ، فإن أجازته جاز بخلاف ما إذا كان غائباً فإنه لا ينفذ بإجازته .
- ٢٦ — بيع المولى أكساب عبده المديون بعد الحجر عليه موقوف على إجازة الغرماء .

٢٧ — أحد الوصيين إذا باع بحضرة الآخر فإنه يقف على إجازة ذلك الآخر . ٢٨ — أحد الناظرين إذا باع غلة الوقف بحضرة الآخر فإنه يتوقف أيضاً على إجازة ذلك الآخر .

٢٩ — يبيع المعتوه كبيع الصبي العاقل فإنه ينعقد موقوفاً على إجازة وليه أو القيم عليه^(١) . ٣٠ — حالة يبيع المال من فاسد عقل غير رشيد

٣١ — ويبيع الشيء بقيمته ٣٢ — ويبيع الغاصب .

٣٣ — يبيع الصبي بشرط الخيار إذا بلغ الصبي في المدة .

٣٤ — البيع بما حل به . ٣٥ — والبيع بما يريد .

٣٦ — والبيع بما يجب ٣٧ — والبيع برأس ماله .

٣٨ — والبيع بما اشتراه^(٢) ٣٩ — يبيع المكروه موقوف على إجازته بعد أن تزول حالة الإكراه عند زفر من الخنقية^(٣) .

٤٠ — هبة ملك الغير تنعقد موقوفة على إجازة هذا الغير^(٤) .

٤١ — وقف ملك الغير موقوف على إجازة المالك^(٥) .

٤٢ — وصية الفضولي موقوفة على إجازة المالك^(٦) .

٤٣ — نكاح الفضولي موقوف على إجازة من له الحق في الإجازة^(٧) .

(١) انظر في بيان هذه الحالات البحر الرائق لابن نجيم ج ٦ ص ٧٥/٧٦ حيث أورد تسعاً وعشرين حالة .

(٢) انظر في إيراد الحالات من ٣٠ إلى ٣٨ التنوير لأبي محمد بن عبد الله بن أحمد الخطيب الترمذى الحنفى الفزى المتوفى سنة ١٠٠٤ هـ ، وشرح الدر المختار ورد المختار لابن عابدين ج ٤ ص ١٤١ وما بعدها ، وانظر أيضاً في تعداد حالات العقد الموقوف درر الحكم شرح غرر الأحكام لمناخسرو مخطوط رقم ١٧٤ بدار الكتب المصرية .

(٣) انظر تبين الحقائق للزبلى ج ٥ ص ١٨٢/١٨٣ .

(٤) البدائع ج ٦ ص ١١٨ .

(٥) أحكام الأوقاف للخصاف ص ١٢٩ .

(٦) البحر الرائق لابن نجيم ج ٦ ص ١٦٤ .

(٧) البدائع ج ٢ ص ٢٣٥ .

٤٤ — زواج الفتاة البالغة لنفسها موقوف على إجازة الولي عند محمد .
ابن الحسن من الحنفية (١) . ٤٥ — نكاح الصبي المميز ينقذ موقفاً على .
إجازة وليه (٢) . ٤٦ — طلاق الفضولي ينقذ موقفاً على إجازة الزوج (٣) .

هذه هي حالات العقد الموقوف كما وردت في كتب الفقه الحنفي .
وإذا تأملنا نجد أن هذه الحالات التي أوردها الفقهاء على النحو سالف
البيان ، لا تتفق جميعها مع ما انتهينا إليه من تعريف العقد الموقوف بأنه .
التصرف الصحيح الذي يتوقف ترتب أثره عليه بالفعل على الإجازة ممن
يملكها شرعاً .

وباستقراء هذه الحالات وتمحيصها ، يتبين لنا جلياً أن منها ما هو من
قبيل العقد الفاسد ومنها ما هو من قبيل العقد غير اللازم . وهذه الحالات
نوردها على النحو التالي ، حتى تبين لنا حقيقتها ، ثم نستبعد ما من نطاق .
بحسبنا ، لأن العقد الفاسد متميز عن العقد الموقوف فهما قسمان متباينان كما أن
العقد غير اللازم وإن كان يشبه العقد الموقوف في أن كلا منهما لا يلتج أثره
في الحال بل يترأخى هذا الأثر إلى حين الإجازة في العقد الموقوف أو العقد
الذي فيه خيار أو على إسقاط الخيار أو مضي المدة دون اختيار في العقد
الأخير إلا أن العقد غير اللازم كما بينا في الباب التهديد متميز عن العقد
الموقوف ، ولو أن الفقهاء التزموا المعاني الاصطلاحية لكلمات : الفساد
والصحة والنقادر الوقف واللزوم ما حصل الخلط بين هذه المصطلحات (٤) .

(١) الهداية ج ٢ ص ٣٩١ / ٣٩٢ .

(٢) البدائع لاكساني ج ٢ ص ٢٣٣ .

(٣) جامع الفصولين ج ١ ص ٢٢٩ .

(٤) جاء في رد المختار لابن عابدين ج ٥ ص ٨٤ / ٨٥ : « النفاذ وال لزوم متغايران فيراد
النفاذ الانعقاد وباللزوم الصحة أقول لو أن الفقهاء التزموا المعاني الاصطلاحية لكلمات الفساد
الصحة والنفاذ والوقف وال لزوم ما حصل اللبس » .

المطلب الأول

الحالات التي تعتبر من قبيل العقد الفاسد

من هذه الحالات التي أوردتها الفقهاء :

(١) حالات عدم تعيين الثمن ويندرج تحتها :

- ١ - يبيع الشيء بقيمته . ٢ - يبيع الشيء برقمه .
 - ٣ - يبيع الشيء بحكمه . ٤ - يبيع الشيء بمثل ما يبيعه الناس .
 - ٥ - يبيع الشيء بمثل ما أخذ به فلان . ٦ - يبيع الشيء بما حل به .
 - ٧ - يبيع الشيء بما يريد . ٨ - يبيع الشيء بما يجب .
 - ٩ - يبيع الشيء برأس ماله وهو غير معروف .
 - ١٠ - يبيع الشيء بما اشتراه وهو غير معروف .
- فالعقد في هذه الحالات جميعها يعتبر فاسداً لعدم معرفة الثمن (١).

(ب) حالة بيع مافي تسليمه ضرر :

يباع مافي تسليمه ضرر كيبيع جذع من السقف أو آجر له في حائط ، سواء أ كان معيناً أم لا يكون فاسداً لتعذر تسليمه مما يترتب عليه فوات المقصود من العقد .

ومثل ذلك يبيع الآبق فهو فاسد لتعذر تسليمه أيضاً .

ومع هذا فقد جاء في رد المحتار لابن عابدين ما يفيد أن هذا البيع فاسد موقوف (٢) . وهذا في الواقع خلط بين العقد الفاسد والعقد الموقوف ، إذ

(١) انظر في هذا غنية ذوي الأحكام في ينية درر الحكم وهي حاشية على الدرر للاخمسرو تأليف العلامة أبي الإخلاص حسن بن عمار بن يوسف المصري المشربلال الحنفى غلطوط رقم ٢٦٩ بدار الكتب المصرية مجلد ٢ ص ٣٥ .

(٢) ابن عابدين ج ٤ ص ١٤٦ الطبعة الثالثة ١٣٢٥ هجرية وقد جاء فيه : « بيع مافي تسليمه ضرر كيبيع جذع من السقف سواء أ كان معيناً أولاً على مافي النهر عن الفتح وقد علم أن المراد تعداد الموقوف ولو صدر فاسداً فإن البيع في هذه الصورة فاسد موقوف » .

كلاهما متميز عن الآخر . فالعقد إما موقوف وإما فاسد ، والفساد والوقف لا يلتقيان أو لا يجتمعان لعقد .

ومما يؤيد ذلك ما جاء في تعيين الحقائق للزيلعي في باب البيع الفاسد من اعتبار بيع مافي تسليمه ضرر من قبيل الفاسد لا الموقوف فقيه : « والجذع في السقف وذراع من ثوب (من قبيل الفاسد) لأنه لا يمكن التسليم إلا بضرر يلزمه سواء ذكر موضع القطع أو لم يذكر ولا يقال هو بنفسه التزم الضرر لأن الالتزام بدون العقد غير لازم والعقد لم يوجب الضرر فيمكنه الرجوع فيتحقق النزاع ، (١) .

المطلب الثاني

الحالات التي تعتبر من قبيل العقد غير اللازم

من الحالات التي أوردها الفقهاء عند تعدادهم لحالات العقد الموقوف كما ذكرنا ، حالة العقد المشروط فيه خيار المجلس ، وحالة العقد المشروط فيه الخيار مدة تزيد على ثلاثة أيام . فهل تعتبر هاتان الحالتان من قبيل العقد الموقوف أم من قبيل العقد غير اللازم ، أم أن الحالة الثانية تعتبر من قبيل العقد الفاسد قبل أن نعرض لبيانها نوضح أوجه الشبه والاختلاف بين كل من العقد الموقوف والعقد الذي فيه خيار من الخيارات فنقول :
يتفق العقد الموقوف مع العقد الذي فيه خيار من الخيارات ، في أن كلا منهما لا يلتج أثره في الحال بل يتراخى هذا الآخر إلى حين الإجازة أو إلى سقوط الخيار في العقد المشتمل على خيار (٢) .

(١) انظر تعيين الحقائق للزيلعي ج ٤ ص ٤٧ ، وشرح قاضي خان على الجامع الصغير مخطوط رقم ٧٤٣ بدار الكتب المصرية والتناوى التابية مخطوط رقم ١٩٣ بدار الكتب المصرية .

(٢) جاء في البدائع للكاساني ج ٥ ص ٢٦٤ : « أما حكم هذا البيع فقد اختلف العلماء فيه قال أصحابنا لاحكم له للحال والخيار يمنع انعقاد العقد في الحكم للحال لمن له الخيار بل هو للحال موقوف على معنى أنه لا يعرف حكمه للحال وإنما يعرف عند سقوط الخيار لأنه لا يدرى لأنه يتصل به الفسخ أو الإجازة فيتوقف في الجواب للحال وهذا تفسير التوقف عندنا » .

ولكن العقد الموقوف يختلف عن العقد الذى فيه خيار ، فالأول منعقد فى حق العلة ، ولكن الذى يمنع من نفاذه هو عدم تمام العلة إلى أن تلحقه الإجازة ، أو هو مانع من تمام السبب ، فإذا باع الفضولى ملك غيره بغير إذنه ودون أن تكون له ولاية عليه كان هذا البيع سبباً صالحاً لإيجاب الحكم وهو نقل الملكية ، لكن لما كان هذا البيع يحتاج إلى إذن المالك كان هذا الإذن المحتاج إليه مانعاً من تمام البيع الذى هو السبب ومن تأثيره فى الحكم ، فبيع الفضولى سبب غير تام لتوقف التمام على إجازة المالك (١) .

أما العقد المقترون بخيار الشرط فإن العلة فيه تعتبر قد تمت واسكنه يمنع ابتداء الحكم ، فإذا باع شخص داره لآخر على أن يكون له الخيار فى البيع مدة ثلاثة أيام كان هذا الخيار مانعاً من ابتداء الحكم ، وهو نقل الملكية من البائع إلى المشتري بمجرد صدور الإيجاب والقبول ، فملكية المبيع يظل البائع محتفظاً بها إلى انتهاء مدة الخيار ، فإذا انتهت المدة دون رجوع من البائع انتقلت الملكية من البائع إلى المشتري ، فالخيار يمنع من ابتداء الحكم ومقارنته للعلة ، لأنه يتراخى عنها إلى وقت انقضاء مدة الخيار .

وكذا يمنع خيار الرؤية من تمام الحكم ، فإذا اشترى إنسان شيئاً لم يره جاز هذا البيع ، وللمشتري الخيار إن شاء أخذه وإن شاء رده . والأصل فى ذلك قوله صلى الله عليه وسلم : « من اشترى ما لم يره فله الخيار إذا رآه » (٢) .

فهذا الخيار لا يمنع من الملك الذى هو الحكم وإنما يمنع من تمامه إذ القبض غير تام مع خيار الرؤية ، ولذا يجوز للمشتري الرد بدون قضاء ولا رضا إذ لو تم القبض مع خيار الرؤية لما جاء الرد إلا بعد القضاء أو الرضا ، لأنه يمنع

(١) انظر فى هذا علم أصول الفقه لأستاذنا محمد زكريا البرديسى ص ١١٣ طبعة ١٣٨١ هـ /

١٩٦١ م .

(٢) انظر السنن الكبرى للإمام البيهقى ج ٥ ص ٢٦٨ .

تمام الملك، ولا تمام له إلا بالقبض الكامل، ولا يعتبر القبض كاملاً إلا في قبض ما يرى .

وكذلك فإن خيار العيب يمنع من لزوم الحكم، فإذا اشترى ثوباً من آخر، ثم وجد به عيباً لم يكن رآه وقت البيع فله الخيار إن شاء أخذه بجميع الثمن وإن شاء تركه .

فهذا الخيار لا يمنع من الحكم وهو الملك ولا من تمامه، وإنما يمنع من لزومه فالملكية التي هي الحكم تترتب على البيع في المبيع الذي وجد به عيب، وهذه الملكية تصير ملكية تامة، لأن القبض في هذه الحالة كامل لأنه قبض المرئ ولهذا لا يرد المبيع المعيب إلا بقضاء أو رضاء ورده، بالقضاء والرضاء آية أن الحكم وهو الملك غير لازم، إذ لو كان لازماً لما انفسخ العقد جبراً بالقضاء لأن اللازم لا يمكن رفعه^(١).

كذلك يلاحظ أن للإجازة في حالة العقد الموقوف حكم الإنشاء من وجه، وحكم الإظهار من وجه آخر، أما في العقد المشروط فيه الخيار فالحكم يثبت عند الإجازة بطريق الظهور المحض^(٢).

(١) انظر في بيان ذلك علم أصول الفقه لأستاذنا محمد زكريا البرديسي ص ١١٢ - ١١٣ طبعة ١٣٨١ هـ / ١٩٦١ م . وجاء في فتح القدير ج ٥ ص ١١٠ الموانم خمسة أقسام : « مانع يمنع من انعقاد العلة فلا ينعقد البيع في الحر ، ومانع يمنع تمام العلة وهو البيع المضاف إلى مال الغير ... ومانع يمنع ابتداء الحكم بعد انعقاد العلة وهو خيار الشرط يمنع ثبوت حكمه وهو خروج المبيع عن ملكه ... ومانع يمنع تمام الحكم بعد ثبوته كخيار الرؤية المشتري ... ومانع يمنع لزومه كخيار العيب » .

(٢) جاء في البدائئ للكاساني ج ٥ ص ٢٦٤ : « بيع الفضولي يثبت بطريق الاستناد والمستند ظاهر من وجه مستند من وجه فكانت الإجازة لإظهاراً من وجه لإنشاء من وجه فمن حيث أنها لإظهار كان لا يقف صحته على قيام المحل ومن حيث أنها لإنشاء يقف عليه ، فأما في البيع بشرط الخيار فالحكم يثبت عند الإجازة بطريق الظهور المحض فكانت الإجازة لإظهار أن العقد من وقت وجوده انعقد في حق الحكم والمحل كان قابلاً وقت العقد فهلاكه بعد ذلك لا يمنع من الإجازة » .

هذه هي أهم أوجه الانفاق والاختلاف بين كل من العقد الموقوف،
والعقد الذى فيه خيار .

ونبين فيما يلى حكم العقد المشروط فيه خيار المجلس ، وكذا حكم العقد
المشروط فيه الخيار مدة تزيد على ثلاثة أيام وهل هما عقدان موقوفان ، أم
عقدان غير لازمين ، أم أن الأخير منهما عقد فاسد .

الفصل الأول

العقد المشروط فيه خيار المجلس

من الحالات التى ذكرها الفقهاء عند تعدادهم لحالات العقد الموقوف،
«حالة البيع الذى فيه خيار المجلس» . فهل تعتبر هذه الحالة من الحالات التى
يكون العقد فيها موقوف النفاذ أم أن المقصود هو عدم لزوم العقد ؟

سبق أن بينا فى الباب التمهيدى أن العقد الموقوف مقابل للعقد النافذ ،
وقسمنا العقد الصحيح إلى قسمين : نافذ وموقوف ، أما ما فيه خيار فهو عقد
غير لازم وليس موقوفاً ، لكن قد يقال إن لزومه موقوف على إسقاطه .
الخيار فيصح وصفه بالموقوف^(١) ولكن هذا مردود فالعقد المشروط فيه
الخيار عقد غير لازم وهو مقابل للعقد اللازم ، أما الموقوف فمقابل للنافذ .

(١) جاء فى رد المختار لابن عابدين ج ٤ ص ١٤٥ - ١٤٦ : « إذا أوجب أحدهما
فلا آخر القبول فى المجلس لأن خيار القبول مقيد به ، فإذا قبل فيه لزم البيع بلا خيار إلا لعب
أو رؤية خلافاً للشافعى وإن كان المراد خيار القبول فقيه كما قال أروانى إن البيع الموقوف إنما
يكون بعد الإيجاب والقبول وإن كان المراد خيار الشرط فى الشرطية لأنه ليس من
الموقوف والخيار المشروط المقدر بالمجلس صحيح وله الخيار مادام فيه وإذا شرط الخيار ولم يقدر
له أجل كان له الخيار بذلك المجلس فقط كما فى الفتح ١ هـ ، وبيانه أن الموقوف مقابل للنافذ
وما فيه خيار مقابل لل لازم فافيه خيار غير لازم لا موقوف لكن قد يقال إن لزومه موقوف
على إسقاط الخيار فيصح وصفه بالموقوف ، لكن على هذا لاجبة للتنقيذ بالمجلس بل كان عليه
أن يقول ويبي فيه خيار الشرط يشمل ما كان مقيداً بالمجلس وغيره ولثلا يتوهم منه خيار القبول » .

ونحن نخلص إلى أنه إذا كان المقصود بالخيار خيار القبول بالمجلس فإن العقد يكون غير لازم ، والعقد غير اللازم متميز عن العقد الموقوف كما سلف ، ومن ثم فإننا نستبعد هذه الحالة ولا نعتبرها من حالات العقد الموقوف بل من حالات العقد غير اللازم .

الفرع الثاني

العقد المشروط فيه الخيار مدة تزيد على ثلاثة أيام

من الحالات التي اعتبر فقهاء الأحناف العقد فيها موقوفا حالة العقد المشروط فيه الخيار مدة تزيد على ثلاثة أيام .

وقبل أن نبين رأى الفقهاء نقول إن العقد المشروط فيه الخيار إما أن يكون شرط الخيار فيه مؤبداً بأن يقول المشروط له الخيار على أنى بالخيار أبداً ، وفي هذا الوجه يكون العقد فاسداً . وإن ذكر وقتاً معلوماً بأن قال ثلاثة أيام أو مادون ذلك فالعقد جائز بالاتفاق وإن قال أربعة أيام أو أكثر وحدد مدة للخيار فقد اختلفت أقوال الفقهاء :

فعلى قول الإمام أبي حنيفة العقد فاسد وهو قول زفر ، فإن سقط الخيار قبل دخول اليوم الرابع بسبب من الأسباب ، فالبيع جائز وعليه الثمن ويبقى العقد صحيحاً لارتفاع المفسد قبل تقريره . وقال زفر العقد فاسد لأنه نشأ من الأصل فاسداً فلا يتقلب صحيحاً ، وقبل ذلك العقد موقوف عند أبي حنيفة على ما ذهب إليه أهل خراسان فإذا مضى جزء من اليوم الرابع فسد العقد . وذهب أهل العراق إلى أن العقد يكون فاسداً فإذا سقط قبل دخول اليوم الرابع ارتفع الفساد وهذا نظير البيع إلى وقت الحصاد فإذا سقط الأجل قبل دخول وقت الحصاد صح العقد وارتفع الفساد . وإن مضت

الأيام الثلاثة قبل أن يختار فسد العقد^(١)

وعند أبي يوسف ومحمد العقد جائز وهو مؤقت بما يرى العاقدان توقيته من مدة يحتاج إليها في نظرهما ، لأن الخيار شرع للتروى وقد يقتضى مدة أطول من ثلاثة أيام فشابهت مدته مدة التأجيل ، وتعين الأيام الثلاثة لحبان من الرسول إنما كان لعدم حاجته إلى ما فوقها^(٢) .

(١) انظر في هذا تبين الحقائق للزليعى ج ٤ ص ١٤ - ١٥ . وقال السرخسي في المبسوط ج ١٣ ص ٦٢/٦٣ : « ومشايخنا رحمهم الله تعالى مختلفون في الحكم في هذا العقد ابتداء فمنهم من يقول هو فاسد ثم يقلب صحيحاً بإسقاط الخيار والأوجه أن يقول : الحال فيه مرامى وهو عقد غير منبهم في الحال لأن تأثير الخيار في المنع من انبرام العقد لا في إفساد العقد » . وفي فتح القدير ج ٥ ص ١١٣ - ١١٤ : وذكر السرخسي نصاً عن أبي حنيفة أن البيم موقوف على إجازة المشتري وأثبت للبائع حق الفسخ قبل الإجازة لأن لكل من المعاقدين حق الفسخ في البيم الموقوف ولا يخفى أنه لا معنى للفساد بحسب الظاهر دون الباطن إلا عدم الفساد في نفس الأمر إلى أن يدخل الرابع فيثبت الفساد في نفس الأمر ، حقيقة القولين لإفساد قبل الرابع بل موقوف ولا يتحقق الخلاف إلا أن يكون الفرض أن الفساد ثابت على وجه يرتفع شرعاً بإسقاط خيار الرابع قبل مجيئه وهذا هو ظاهر الهداية حيث قال : « ينعقد فاسداً ثم يرتفع الفساد بمحذف الشرط » .

(٢) جاء في كتاب الأصل لمحمد بن الحسن الشيباني ص ١٢٤ « تحقيق الدكتور شفيق شحاتة ١٩٥٤م — مطبعة جامعة القاهرة » كتاب البيوع والسلام : « وإذا اشترى الرجل السلعة على أنه بالخيار أربعة أيام فإن هذا بيع فاسد لا يجوز في قول أبي حنيفة فإن اختار المشتري البيع قبل أن يمضي ثلاثة أيام فذلك له وإن مضت الثلاثة الأيام قبل أن يختار فالبيع فاسد وكذلك إن كان شرط الخيار للبائع وقال أبو يوسف ومحمد الخيار أربعة أيام وخمسة أيام وأكثر من ذلك بعد أن يسمى أجلاً معلوماً فهو جائز لأن اشترط ذلك المشتري أو البائع » .

وفي كتاب الجامع الصغير لمحمد بن الحسن الشيباني المطبوع بهامش كتاب المراج لأبي يوسف بالطبعة الأميرية سنة ١٣٠٢ هـ : « وإن اشترط الخيار أربعة أيام فالبيع فاسد وإن أجاز في الثلاث جاز وكذلك إن كان الخيار للبائع ، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى إن اشترط الخيار عشرة أيام أو أكثر جاز فلو سقط هذا الخيار قبل مضي الثلاث عند أبي حنيفة رحمه الله ينقلب جائزاً » . وانظر في الروايات التي ورد بها حديث حبان بن منقذ نصب الراية ج ٤ ص ٦ - ٨ ، وانظر أيضاً الموطأ وشرح الزرقاني عليه ج ٣ ص ٣٤٢ طبعة ١٣٥٥ هـ / ١٩٣٦ م .

وقد روى عن عبد الله بن عمر أنه أجاز الخيار إلى شهرين . ويتفق مع أبي يوسف ومحمد في هذا الرأي المالكية^(١) والحنابلة^(٢)، فهم يرون أن العقد يكون صحيحاً في هذه الحالة إن وجدت حاجة إلى زيادة مدة الخيار عن ثلاثة أيام .

ونحن نرى الأخذ برأي الإمام أبي حنيفة لقوة دليله ، ذلك أن الخيار شرع على خلاف الأصل والقياس ، والأصل فيه الفساد لأنه يناقض مقتضى العقد ، فيقتصر فيه على مورد النص وهو ثلاثة أيام وقبل مرور اليوم الرابع يعتبر العقد صحيحاً موقوفاً على الإجازة فإن أجز قبل دخول اليوم الرابع جاز ، وإلا فسد بمرور جزء من اليوم الرابع . وعلى هذا فالعقد المشروط فيه الخيار مدة تزيد على ثلاثة أيام يعتبر من قبيل العقد الفاسد لا الموقوف ، ومن ثم فإننا نستبعد هذه الحالة أيضاً من نطاق بحث العقد الموقوف النفاذ بالمعنى الذى أوضحناه .

المطلب الثالث

حالات العقد الموقوف النفاذ

هذه الحالات هي المقصودة هنا أساساً بالبحث ومن استقرأ ماورد في فقه الحنفية^(٣) ومن وافقهم من المالكية ، وكذا عند الشافعية في المذهب

(١) في تهذيب الفروق في فقه المالكية ج ٣ ص ٢٨٢ : « وليس لدته قدر محدود عند مالك وإنما يتقدر بقدر الحاجة إلى اختلاف المبيعات » .

(٢) انظر في فقه الحنابلة للمنفى ج ٣ ص ٥٨٩ — ٥٩٠ .

(٣) انظر في فقه الحنفية البحر الرائق ج ٥ ص ٢٨١ فقد جاء فيه : « أما شرائط النفاذ فمالك أو الولاية ... والثاني أن لا يكون في اللبيم حق لغير البائع فإن كان لا ينفذ كالرهون والمستأجر » ، وانظر في بيان شروط النفاذ البدائم للكاساني ج ٥ ص ١٤٨ — ١٤٩ . وقد أجمعت مجلة الأحكام العدلية حالات العقد الموقوف النفاذ فنصت المادة ٣٦٨ منها على أن : « البيع الذى يتعلق به حق النيركيك الفضولى وبيع الرهون وبيع المأجور وبيع المحجور وبيع =

القديم وفي إحدى الروايتين عند الحنابلة والشيعة الإمامية والزيدية والإباضية . يمكن حصر هذه الحالات في ثلاث مجموعات على النحو الآتي :

أولاً : التصرف الصادر عن الغير دون أن تكون للتصرف ولاية التصرف من نيابة أو وكالة ويندرج تحت هذه الحالة ما يأتي :

(أ) تصرف الفضولي ، وهو من يتصرف عن غيره دون إذن شرعي دون أن تكون له ولاية التصرف كمن يبيع ملك غيره فإن التصرف ينعقد موقوفاً على الإجازة بمن يملكها فإن أجازه صح ونفذ وإن رفضه بطل (١) .

(ب) تصرف الوكيل في القدر الذي تجاوز فيه حدود الوكالة المرسومة له (٢) .

(ج) تصرف المرتد عند الإمام أبي حنيفة موقوف على عودته إلى

= الصبي المميز وبيع الأرض التي تحت مزارعة الغير وبيع الصبي الذي بلغ سقيها وبيع المريض في مرض الموت لأحد الورثة وبيعه للأجنبي بالحابطة ينعقد موقوفاً على إجازة ذلك الغير إذا كان ذلك الغير عاقلاً مميزاً وإلا ينعقد موقوفاً على إجازة وليه أو وصيه وإذا كان لاوياً ولا وصى له فينعقد موقوفاً على إجازة الحاكم ، وانظر كذلك المادة ٣٥٥ من مرشد الحيران .

(١) انظر في تصرفات الفضولي في فقه الحنفية فتح القدير ج ٥ ص ٣٠٩ وما بعدها والبدائع ج ٥ ص ١٤٨ وما بعدها وابن نجيم البحر الرائق ج ٦ ص ١٦٠ وما بعدها . وفي فقه المالكية القوانين الفقهية لابن جزيء ص ٢٣٨ — مطبعة النهضة بتونس والخطاب ج ٤ ص ٢٦٩ — ٢٧٠ ، وبداية المجتهد لابن رشد ج ٢ ص ١٤١-١٤٢ الطبعة الأولى . وانظر في فقه الحنابلة المفتي ج ٤ ص ٢٠٦/٢٠٥ الطبعة الثالثة وفي فقه الشيعة مفتاح الكرامة للعاملي ج ٤ ص ١٨٤/١٨٥ ، وفي فقه الإباضية النيل وشفاء العليل ج ٤ ص ١٣٦ ، وفي فقه الشافعية المجموع ج ٩ ص ٢٥٩ وما بعدها .

(٢) انظر في فقه الحنفية البدائع ج ٦ ص ٢٩ وما بعدها وفي فقه المالكية الخطاب ج ٥ ص ٢٠٦/٢٠٥ والحرشي ج ٦ ص ٨١ وفي فقه الحنابلة القواعد لابن رجب ص ٤٢٠ والمغني لابن قدامة ج ٤ ص ٢٠٦/٢٠٥ .

الإسلام ، فإن أسلم نفذت تصرفاته ، وإن مات أو قتل أو لحق بدار الحرب بطلت ، فالوقف هنا ليس على الإجازة كما في تصرف الفضولى^(١).

ثانياً : التصرف الصادر من ناقص الأهلية ، ومن في حكمه ، ويندرج تحت هذه الحالة ما يأتي :

(أ) تصرف الصبي المميز الدائر بين النفع والضرر ينعقد موقوفاً على إجازة الولي أو الوصي عليه^(٢).

(ب) تصرف السفينة في ماله تصرفاً دائراً بين النفع والضرر كالبيع ، ينعقد موقوفاً على إجازة وليه^(٣).

ثالثاً : التصرف فيما يتعلق به حق للغير وما يندرج تحت هذه الحالة :

(أ) حالة تصرف الموصى بأكثر من ثلث ماله للأجنبي أو لأحد الورثة فإنه ينعقد موقوفاً على إجازة الورثة^(٤).

(ب) تصرف المريض مرض الموت لا ينفذ ويتوقف على إجازة الدائنين

(١) انظر في تصرفات المرتد تبيين الحقائق للزيلعي ج ٣ ص ٢٨٨ . ورد المختار لابن عابدين ج ٣ ص ٣١١/٣١٠ . ومقال العقد للوقوف للدكتور محمد زكي عبد البر ص ٢٦/٢٨ .

(٢) انظر في فقه الحنفية البدائع ج ٧ ص ١٧٠/١٧١ . وانظر في فقه المالكية الخرشي ج ٥ ص ٢٩٢ والخطاب ج ٤ ص ٢٤٦ والسوق على المرح الكبير ج ٣ ص ٢٩٤ . وانظر في فقه الحنابلة المغني ج ٤ ص ٢٤٧ .

(٣) انظر في فقه الحنفية البدائع ج ٧ ص ١٦٩ وما بعدها وابن عابدين ج ٥ ص ٩٦ وما بعدها ، وانظر في فقه المالكية الخطاب ج ٥ ص ٦٢ والمغني ج ٤ ص ٤٧٥ الطبعة الثالثة . ١٣٦٧ هـ .

(٤) انظر في فقه الحنفية البدائع للسكاساني ج ٧ ص ٣٧٠ ، وفي فقه المالكية الخطاب ج ٥ ص ٤٣ والمغني ج ٦ ص ٦/٥ ، وشرح المنتزع المختار في فقه الشيعة الزيدية ج ٤ ص ٤٧٦ وفي فقه الإباضية النبل وشفاء العليل ج ٦ ص ٢٠٥ .

أو الورثة فيما زاد على الثلث^(١) .

(ح) تصرف المدين بدين مستغرق ينعقد موقوفاً على إجازة الغرماء^(٢) .

(د) بيع العين المرهونة موقوف على إجازة المرتهن^(٣) .

هذه هي حالات العقد الموقوف النفاذ في فقه المذاهب القائلة باعتبار العقد الموقوف قسماً من أقسام العقد الصحيح كما سبق . وستتضح هذه الحالات بالتفصيل في الباب الثاني والثالث من هذا القسم وكذا في القسم التطبيقي من هذه الرسالة .

المبحث الثاني

ما يقابل حالات العقد الموقوف في فقه القانون

بيننا حالات العقد الموقوف في الفقه الإسلامي ، ويقابل هذه الحالات ، في حدود معينة — في فقه القانون — حالات العقد القابل للإبطال ، وكذا حالات العقد غير الساري أو غير النافذ ونبين فيما يلي هذه الحالات .

أولاً — ما يوجب العقد القابل للإبطال :

١ — تصرف الصبي المميز الدائر بين النفع والضرر (م ١١١/٢ مدني مصري) ومن في حكمه كالمفسيه وذى الغفلة (م ١١٥) بعد تسجيل قرار

(١) انظر في هذا السوق على الشرح الكبير ج ٣ ص ٢٦٩ ، وفي فقه الحنفية فتح القدير

ج ٥ ص ٣٢٢ .

(٢) انظر رد المحتار ج ٥ ص ٩٩ . وانظر للمالكية الشرح الكبير للدردير ج ٣ ص ٢٦٦ وحاشية السوق عليه في نفس الموضع فقيه : « يوقف تصرف المدين المفلس في أمواله على نظر الحاكم أو الغرماء إن شاء رده وإن شاء أمضاه » . وانظر في فقه الحنابلة المغني ج ٤ ص ٤٣٩ ، وفي فقه الشيعة الإمامية مفتاح الكرامة للعامل ج ٥ ص ٣١٧ .

(٣) انظر في وقف بيع المرهون ابن عابدين ج ٤ ص ١٤٥ . وفي فقه المالكية الخطاب ج ٤ ص ٢٦٩ ، وحاشية السوق على الشرح الكبير ج ٣ ص ١١ ، ج ٣ ص ٢٠١ وانظر أيضاً الخطاب ج ٥ ص ١٨ ، ٢٢ .

الحجر عليهما ، أما تصرفهما الصادر قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلاً أو قابلاً للإبطال إلا إذا كان نتيجة استغلال أو تواطؤ (م ١١٥/٢) .

٢ — حالة وجود عيب من عيوب الإرادة وهي الغلط (م ١٢٠) والتدليس (م ١٢٥ / ١) والإكراه (م ١٢٧) والاستغلال (م ١٢٩) .

٣ — إذا وجد في القانون نص خاص كما في حالة بطلان بيع ملك الغير (م ٤٦٦) .

وقد اعتبر المشرع في التقنين المدني العراقي الذي أخذ بفكرة العقد الموقوف ، وأحلبها محل فكرة العقد القابل للإبطال ، العقد موقوفاً في الحالات الآتية :

١ — تصرف ناقص الأهلية (م ٩٧) ومن حكمه كالسفيه وذو الغفلة في التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر .

٢ — تصرف معيب الإرادة وهو من وقع في غلط (م ١١٧ ، ١١٨) أو إكراه (م ١١٥) أو تغير مع غبن (م ١٢١ ، ١٢٢ ، ١٢٤) .

٣ — التصرف في مال الغير بدون إذن منه ودون ولاية كبيع ملك الغير (م ١٣٥ وما بعدها) وإجارة ملك الغير (٧٢٣ ، ٧٢٥) .
وسنبين هذه الحالات في موضعها المناسب من الرسالة .

ثانياً — ما عدا عدم السريانه أو عدم النفاذ في فقه القانون :

قد يكون العقد صحيحاً بين طرفيه ولكنه لا ينفذ في حق الغير ، لأن هذا الغير لم يشترك فيه ، مثل ذلك إيجار ملك الغير ، فهو صحيح ويلتج أثره بين طرفيه ، ولكنه لا ينفذ في حق المالك ، كذلك العقد الذي يبرمه مدين بمصر لإضراراً بحق دائنيه فهو يكون صحيحاً بين طرفيه ، ولكنه لا يسرى في حق الدائن إذا طعن فيه بالدهوى البوليصة (م ٢٣٧ / ٢٣٨ مدني مصري) .
وقد يكون العقد قابلاً للإبطال بين طرفيه ولا يكون نافذاً في حق الغير ،

كما في بيع ملك الغير ، فهو قابل للإبطال بين البائع والمشتري ولا ينفذ في حق المالك الحقيقي (م ٤٦٦) .

وقد ينشأ عقد يكون صحيحاً في ذاته ، ولكنه لا ينتج أثراً بين طرفيه ولا يكون نافذاً في حق الغير ، وذلك كالعقد الذي يبرمه الوكيل ويجاوز فيه حدود الوكالة المرسومة ، أو يبرمه وصي ويجاوز فيه حدود الوصاية ، فهذا عقد يجاوز فيه عاقده ، حدود الولاية التي رسمت له فلا ينتج أثراً بين طرفيه ، ولا يكون نافذاً في حق الأصيل ، وهذا مرادف للعقد الموقوف في فقه الشريعة ، فهو في فترة الوقف لا ينتج أثراً بين عاقديه ولا بالنسبة لصاحب الحق في الإجازة كالأصيل أو المالك في حالة بيع ملك الغير^(١) .

فعدم النفاذ لا يكون إلا بالنسبة إلى الغير وهو الأجنبي عن العقد وذلك طبقاً لقاعدة نسبية أثر العقد ، فهذا الأجنبي لا ينفذ في حقه عقد لم يشترك فيه ، بالرغم من أن التصرف موضوع العقد قد يعنيه ، ويستوى في هذا أن يكون العقد صحيحاً أو قابلاً للإبطال .

وعدم النفاذ يزول بإقرار الغير الذي يعنيه التصرف موضوع العقد ، أما العقد القابل للإبطال فتزول قابليته للإبطال بالإجازة^(٢) .

ومن حالات عدم السريان ، البيع في مرض الموت ، فهو صحيح فيما بين المتعاقدين ، ولكنه لا يسرى في حق الورثة ، لذا كانت زيادة قيمة المبيع على الثمن بما يجاوز ثلث التركة (م ٤٧٧ مدني مصري) . كما طبق المشرع فكرة عدم السريان في حوالة الحق التي اعتبرها مقابلة لحوالة الدين فنص في

(١) انظر الباب الأول من القسم التطبيقي من هذه الرسالة تحت عنوان : « مخالفة الوكيل حدود الوكالة » .

(٢) انظر في هذا نظرية العقد في قوانين البلاد العربية للأستاذ الدكتور عبد المنعم فرج الصدة ج ٢ ص ٦٤/٦٢ .

المادة ٣٠٥ على أن : «حوالة الحق لا تكون نافذة قبل المدين أو قبل الغير إلا إذا قبلها المدين أو أعلن بها» .

ونحن نلاحظ من بيان حالات كل من العقد الموقوف في الفقه الإسلامي ، وحالات العقد القابل للإبطال ، وكذا العقد غير الساري أو غير النافذ في فقه القانون ، أن نطاق العقد الموقوف أشمل وأوسع ، فهو حسب تصويره وعلى نحو ما سنراه عند الكلام عن بعض تطبيقاته يتسع فيمكن أن يشمل حالات كل من هذين العقدين ، هذا بالإضافة إلى أن فكرة العقد الموقوف تتصف بالدقة ، وتحقق لكل من يوقف التصرف على إجازته حماية أكثر مما يحققه كل منهما .

فحالات العقد القابل للإبطال تشمل بحسب الأصل ، نقص الأهلية ، وعيوب الإرادة ، وإذا وجد القانون نص خاص ، كما في حالة بطلان بيع ملك الغير .

بينما يشمل العقد الموقوف التصرفات الصادرة من غير ذي ولاية شرعية أو ممن ليست له ولاية التصرف كالفضولي والوكيل إذا تجاوز حدود الوكالة ، كما تشمل تصرفات ناقص الأهلية الدائرة بين النفع والضرر . وسنرى أن القول بالوقف في عيوب الإرادة كالإكراه والغلط والتدليس أولى من القول بقابلية العقد للإبطال في فقه القانون (١) .

كما يشمل العقد الموقوف بالإضافة إلى ذلك على ما سنرى التصرفات التي يتعلق بها حق للغير كتصرف المدين المعسر الضار بدائميته ، وكصرف الموصى في القدر الزائد على الثلث للوارث أو للأجنبي ، وكبيع المرهون ،

(٢) انظر الباب الثاني من القسم التطبيقي من هذه الرسالة تحت عنوان «عيوب الإرادة» .

وكتصرف في الحصة الشائعة - إذا كانت الشركة بالخلط والاختلاط -
قبل القسمة (١).

ومن هذا يتضح لنا جلياً أن فكرة العقد الموقوف أوسع في نطاقها من
فكرة القابل للإبطال .

وأما بالنسبة للعقد غير السارى أو غير النافذ فقد عرضنا لأهم حالاته،
كبيع ملك الغير الذى يعتبر غير سارى فى حق المالك الحقيقى ، وكتصرف
المدين المعسر فى ماله لإضراراً بدائنيه ، وكتصرف الوكيل إذا تجاوز حدود
الوكالة ، فهذه الحالات يعالجها الفقه الإسلامى بفكرة العقد الموقوف على
نحو ما سترآه تفصيلاً فى موضعه من هذه الرسالة .

(١) انظر الباب الثالث من القسم التطبيقى من هذه الرسالة .

الفصل الرابع

شروط النفاذ والتوقف والحكمة من الوقف

المبحث الأول

شروط النفاذ

النفاذ وصف للعقد الصحيح ولا يوجد هذا الوصف إلا بعد استيفاء العقد شروط انعقاده وشروط صحته .

وشروط النفاذ كما وردت في كتب الفقه الحنفي^(١) هي : الملك والولاية وأن لا يتعلق بالشئ المتصرف فيه حق للغير فهي في مضمونها لا تخرج عن شرطين :

أولها : في العاقد .

ثانيهما : في المعقود عليه .

فالشرط الذي في العاقد هو أن يكون له حق التصرف فيما يبيعه أو يؤجره ، كأن يكون مالكا له أو ولياً أو وصياً عليه ، فإن لم يكن كذلك بأن كان فضولياً ، أو محجوراً عليه كالصبي المميز في التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر ، كان التصرف موقوفاً على الإجازة من يملكها شرعاً .

(١) جاء في البدائع للكاساني ج ٥ ص ١٤٨ : « وأما الذي يرجع إلى النفاذ فنوعان : أحدهما الملك أو الولاية ، أما الملك فهو أن يكون المبيع مملوكاً للبائتم فلا ينفذ بيع الفضولي لانعدام الملك والولاية لكنه ينعقد موقوفاً على إجازة المالك » .

وجاء في البحر الرائق لابن نجيم ج ٥ ص ٢٨١ : « أما شرائط النفاذ فالملك أو الولاية والثاني أن لا يكون في المبيع حق لغير البائتم فإن كان لا ينفذ كالموهون والمستأجر » .

والشرط الذى فى المعقود عليه ألا يكون متعلقاً به حق الغير، فإن تعلق به حق الغير، بأن كان رهوناً أو مستأجراً، كان التصرف بالبيع موقوفاً على إجازة المرتهن والمستأجر لتعلق حقهما به، فإن أجزى نفذ وبطل الرهن، وانفسخت الإجازة، وسلم المبيع للمشتري، وإن لم يحزه يبق المبيع تحت يده حتى يأخذ دينه إن كان هو المرتهن، أو يستوفى مدة إجارته إن كان هو المستأجر ولا يبطل العقد بعدم الإجازة وإنما الذى يكون له الحق فى إبطاله هو المشتري لأنه حينئذ يكون مخيراً بين أخذ المبيع بكل الثمن والانتظار حتى يفك الرهن، وتنتهى الإجازة وبين فسخ العقد ولو كان يعلم أن المبيع رهون أو مستأجر (١).

وقد نصت على شروط النفاذ المادة ٣٦٥ من مجلة الأحكام العدلية فقالت: « يشترط لنفاذ البيع أولاً أن يكون البائع مالكا للبيع أو وكيلاً لمالكه أو وصيه وثانياً أن لا يكون فى المبيع حق الغير كبيع المرهون والمأجور وثالثاً أن يكون جامعاً لشرائط الانعقاد ». كما نصت المادة ١٨٢ من مرشد الحيران على أنه: « يشترط لنفاذ عقود المعاوضات الواردة على الأعيان المالية أو على منافعها أن يكون المتصرف فى العين الوارد عليها العقد مالكا لها أو وكيلاً عن مالكمها إن كان عاقلاً بالغاً أو ولياً أو وصياً عليه إن كان صغيراً أو كبيراً مجنوناً أو معتوهاً وأن لا يتعلق بالعين حق لغير المتصرف فيها » (٢).

هذه هى شروط النفاذ فى الفقه الحنفى وإذا تخلف شرط منها فإن العقد يكون غير نافذ أى موقوفاً على إجازة صاحب الشأن فإن أجزاه نفذ وإلا بطل. ونوضح فى المبحث التالى الشروط اللازمة لتوقف التصرف.

(١) انظر فى هذا القسم التطبيق من هذه الرسالة تحت عنوان « بيع المرهون والمستأجر » .
(٢) وقد نصت المادة ٢٦١ من مرشد الحيران على هذه المعاني فقالت: « يشترط لنفاذ البيع أن يكون البائع مالكا لا يبيعه أو وكيلاً لمالكه أو وليه أو وصيه وأن يكون المالك البائم بنفسه غير محجور عليه وأن لا يتعلق بالمبيع حق الغير » .

المبحث الثاني

شروط توقف التصرف

التصرفات على اختلافها إن أمكن أن توقف على إجازة الغير ، فإنها تتوقف ولا تبطل ، وإن لم يمكن توقفها على إجازة الغير فإنها تبطل ابتداء .
ولتوقف التصرف في المذهب الحنفي يجب أن تتوافر الشروط الآتية :

أولاً — أن تتوافر في التصرف شروط وجوده الشرعي ، فلو كان التصرف عقداً ، وقد عقده مجنون مثلاً أو صبي غير مميز أو معتوه غير مميز ، أو لم يوافق الإيجاب فيه القبول ، أو لم يتعهد مجلس العقد ، أو كان المعقود عليه غير موجود ولا يمكن الوجود أو مجهولاً أو غير قابل للحكم العقد ، لو كان كذلك فإنه لا يتوقف إذ الوقف لا يرد إلا على عقد منعقد .

ثانياً — ألا يشترط المتصرف الفضولي الخيار لمن وقع العقد لصالحه أو لمن تم له التصرف ، وقد علل الفقهاء هذا الحكم بأن الشرط حينئذ يكون داخلاً على نفس العلة وهي التصرف أو عقد البيع إذا كان موضوع التصرف بيعاً ، ويكون التصرف معلقاً والبيع عقد لا يقبل التعليق فيبطل إذن ، ولا يتوقف على الإجازة^(١) .

(١) جاء في الحوى على الأشباه والنظائر ج ١ ص ٣٣٢ : « ولو شرط الخيار في بيع الفضولي لمن وقع البيع له بطل العقد ، فلا يتوقف لأن الخيار له بدون الشرط فيكون الشرط له مبطلاً يعني لأنه حينئذ يكون داخلاً على البيع والبيع يبطل بالشرط بخلاف ما إذا كان خيار الشرط في بيع غير الفضولي فإنه يكون داخلاً على الحكم والحكم لا يبطل بالشرط » . وفي البحر الرائق ج ٦ ص ١٦٢ « ، أن الفضولي لو شرط الخيار للمالك ، فإن العقد يبطل ولا يتوقف ، لأن الخيار له بدون الشرط ، فيكون الشرط له مبطلاً ، وقال في منحة الخالق على البحر في نفس الموضع نقلاً عن التهر أنه ينبغي أن يكون الشرط لغواً فقط » .

ثالثاً - أن يوجد وقت العقد من تكون له سلطة مباشرة أو إجرائية ، من مالك أو ولي أو وصى ، ففي بيع ملك الغير يشترط أن يوجد وقت البيع المالك أو من له ولاية على المالك ، فلو باع ملكاً لصغير أو مجنون ولاولى له في ذلك الوقت فإن البيع يعتبر باطلاً ولايتوقف ، ومثل هذا أن يهب ملك الصغير والمجنون ولو مع وجود الولي إذ الولي لا يمكنه هبة ملك الصغير أو المجنون .

والعلة في اشتراط هذا الشرط كما تصرح النصوص أن التصرف الذي يوجد من له سلطة إجرائية يكون وجوده مرجو الفائدة إذ يمكن أن يجيزه فينفذ وينم^(١) .

رابعاً - ألا يجزى التصرف نفاذاً على العاقر نفسه :

ولبيان ذلك نقول إن الإجازة تلحق العقد الموقوف لا النافذ ، وعلى هذا يخرج الشراء لغير ، إذ ينفذ الشراء للمشتري ولو أشهد أنه يشتره لفلان ولو أجاز فلان^(٢) ، إذ العقد للمشتري لأن المالك يقع له مالم يكن وكيلاً بالشراء ، فلا عبرة بالإجازة بعد ذلك ، لأنها تلحق الموقوف لا النافذ ، فإذا دفع المشتري المبيع إلى من اشترى له وأخذ الثمن كان بيعاً جديداً بينهما بالتعاطي .

(١) جاء في البدائع ج ٥ ص ١٤٩ : « يشترط أن يكون التصرف مجزى عند وجوده فإلا لا يجزى له عند وجوده لا تلحقه الإجازة ، لأن ماله مجزى متصور منه الإذن للحال وبعد وجود التصرف فكان الانقضاء عند الإذن القائم مفيداً فينقذ ، وما لا يجزى له لا يتصور الإذن به في الحال ، والإذن في المستقبل قد يحدث وقد لا يحدث ، فإن حدث كان الانقضاء مفيداً فلا ينقذ مع الشك في حصول الفائدة على الأصل المعبود أن مالم يكن ثابتاً يبين لا يثبت مع الشك وإذا لم ينقذ لا تلحقه الإجازة لأن الإجازة للمنقذ » .

وجاء في الدر المختار ج ٤ ص ١٤٢ : « وقف يبيع مال الغير لو كان الغير بالماً عاقلاً فلو كان صغيراً أو مجنوناً لم ينقذ أصلاً . . . لأنه عقد لا يجزى له إذ هما ليسا من أهل الإجازة » .

(٢) انظر في هذا مختصر التعالوي ص ٨٣ .

ولإذا أضيف التصرف في حالة الشراء إلى الغير بأن قال بع هذا العبد لفلان فقال البائع : « بعته لفلان وقال الفضولي اشتريت لفلان توقف على إجازته مادام قد أضيف إلى فلان في الكلامين ، وإذا كان المشتري صلياً أو عبداً محجوراً توقف تصرفه على إجازة من شرى له لأنه لم يجد نفاذاً على العاقد فإن أجاز جاز ، وعهده على المجيز لا على العاقد »^(١).

هذه هي شروط توقف التصرف في فقه الحنفية ، ويتفق معهم المالكية^(٢) والشافعية في المذهب القديم^(٣) وكذا الحنابلة^(٤) والشيعة الإمامية^(٥) والزيدية^(٦) والإباضية^(٧) في إحدى الروايتين عندهم . فهم يصرحون بأنه يشترط لتوقف التصرف أن يكون العقد صحيحاً ، وأن يكون للتصرف مجيز حال وقوه .

(١) انظر جامع الفصولين ج ١ ص ٢٣٢ .

(٢) انظر في فقه المالكية الشرح الكبير للدردير ج ٣ ص ١١ .

(٣) جاء في المجموع في فقه الشافعية ج ٩ ص ٢٥٩ : « والقول الثاني وهو القديم أنه ينبغي موقوفاً على إجازة المالك إن أجاز صح البيع والالغاء » . وفي ص ٢٦٠ من نفس المرجع : « وحيث قلنا بالقديم فشرطه أن يكون للعقد مجيز في الحال مالكا كان أو غيره حتى لو أعتق عبد الصبي أو طلق امرأته لا يتوقف على إجازته بعد البلوغ بلا خلاف والمعتبر لإجازة من يملك التصرف عند العقد حتى لو باع مال الطفل فبأنه وأجاز لم ينفذ وكذا لو باع ملك الغير ثم ملكه البائع وأجاز لم ينفذ قطعاً » .

(٤) جاء في المنبى لابن قدامة ج ٤ ص ٢٠٦/٢٠٥ : « والثانية (أي الرواية الثانية في المذهب) البيع والشراء صحيحان ويقتضيان إجازة المالك ... ولأنه عقد له مجيز حال وقوه فيجب أن يقتضيان إجازته كالوصية » .

(٥) انظر في فقه الشيعة الإمامية مفتاح الكرامة للعامل ج ٤ ص ١٨٤ .

(٦) جاء في كتاب المنتزع المختار ج ٣ ص ٤١/٤٢ : « وإنما ينبغي الموقوف بشرط : أن يكون صحيحاً وأن يتم تنفيذه بإجازة من هي له حال العقد » .

(٧) انظر في فقه الإباضية النيل وشفاء الليل ج ٤ ص ١٣٦ .

المبحث الثالث

الحكمة من الوقف على الإجازة في الشريعة والحكمة
من تقرير دعوى الإبطال في القانون

المطلب الأول

الحكمة من الوقف على الإجازة في الشريعة

إن الحكمة من وقف نفاذ العقد أو تراخي حكمه وآثاره حتى يجاز من
له الحق في إجازته شرعاً ، حماية الأشخاص الذين يوقف نفاذ العقد على
إجازتهم على النحو الآتي :

١ — حماية المالك أو من يبيع ملكه بغير إذنه كما في حالة تصرف
الفضولي في مال الغير بالبيع والشراء والإجارة والهبة والوصية . وهذه
الحماية تتحقق بوقف نفاذ العقد إلى أن يرى المالك أو صاحب الشأن مصلحته
في الإجازة فيجيز فعله أو عدمها فلا يجيزه ويبطله . فالحاجة والمصلحة يقضيان
بوقف نفاذ العقد ، وهذه الحماية ليست مقصورة على المالك بل قصد بها مصلحة
كل من العاقد الفضولي والمشتري .

فتأخير نفاذ العقد إنما هو لدفع الضرر عن المالك ، لأن الضرر في نفاذ
العقد قبل إجازته لا في توقيفه (١) .

وكما رأينا فإن هذه الحماية تتحقق عن طريق وقف نفاذ العقد على إجازة
من قصدت حمايته . كما تتحقق أيضاً عن طريق ما قرره الشارع من حق لكل
من المتصرف والمتصرف له في فسخ التصرف أو رده .

(١) وقد جاء في فتح القدير ج ٥ ص ٣١٦ : « الأصل اتصال الحكم بالسبب والتأخير
لدفع الضرر عن المالك والضرر في نفاذ الملك لا في توقيفه » .

٢ — حماية ناقص الأهلية كالصبي المميز ، ومن في حكمه كالسفيه وذى الغفلة عند من يرى الحجر عليهما . وذلك ؛ وقف نفاذ تصرفاتهم على إجازة الولي أو الوصى أو القاضى محافظة على أموالهم حين يتصرفون فيها تصرفاً متردداً بين النفع والضرر كالبيع والشراء والإجارة .

٣ — حماية معيب الإرادة كالمسكره ، وهذه الحماية تتحقق بوقف نفاذ العقد على إجازته بعد أن تزول حالة الإكراه .

٤ — حماية المستأجر والمرتهن إذا بيعت العين المستأجرة أو المرهونة ، وذلك بوقف نفاذ العقد على إجازتهما محافظة على حق كل منهما .

٥ — حماية الدائنين من تصرفات مدينهم المعسر المضارة بحقوقهم بوقف نفاذها على إجازتهم أو لإبرائهم له من الدين .

٦ — حماية ورثة الموصى وكذا الدائنين من تصرفاته التى تضر بحقوقهم ، وذلك كالوصية بأكثر من الثلث فإنها تنعقد موقوفة على إجازتهم .

٧ — حماية الورثة والدائنين أيضاً من تصرفات المريض مرض الموت ، التى صدرت منه فى مرضه لإضراراً بحق كل منهما وذلك بوقف نفاذها على إجازتهم .

٨ — حماية الشريك فى الشيوع من تصرفات شريكه ، إذا كانت الشركة بالخلط والاختلاط ، وذلك بوقف هذه التصرفات على إجازة الشريك الآخر لعدم الإضرار به .

وهذه الحالات التى قصد الشارع فيها حماية هؤلاء الأشخاص ليست على سبيل الحصر بل سبيل المثال فقط . وقد استخلصناها مما انتهينا إليه من بحثنا لفكرة العقد الموقوف فى القسمين النظرى والتطبيقي .

ونحن نخلص ، مما تقدم أن المشرع الإسلامى قد استهدف بفكرة وقف

العقد عدم الإضرار بكل من يوقف التصرف على إجازته — كالمالك في حالة بيع ملك الغير وغيره من قصد بوقف نفاذ العقد حمايتهم — وذلك بإعطائه الحق في إجازة التصرف إن كان لا يمس حقاً من حقوقه ، كما شرع له حق فسخ التصرف أو رده . وهذا في الواقع يتفق مع مبدأ الرضائية كما يتفق مع سياسة المشرع الإسلامي فيما يهدف إليه من تحريم أكل أموال الناس بالباطل والمحافظة على حقوقهم وعدم الإضرار بهم ^(١) .

المطلب الثاني

الحكمة من تقرير دعوى الإبطال في القانون المدني

قرر المشرع في التقنين المدني دعوى الإبطال لحماية المتعاقدين الذي شاب إرادته عيب من عيوب الرضا كالإكراه والغلط والتدليس والاستغلال ، كما قررها لحماية ناقص الأهلية ، كالصبي المميز في التصرفات الدائرة بين النفع والضرر ، ويزول حق التمسك بالإبطال بالإجازة أو بالتنازل عن دعوى الإبطال أو بالتقادم ^(٢) على تفصيل في ذلك بينه القانون . وكذلك في حالات عدم السريان للحكمة من عدم نفاذ التصرف هو حماية الأشخاص الذين يعتبرون من الغير من النتائج المالية المترتبة على التصرفات التي لم يكونوا أطرافاً فيها ^(٣) . كحماية المالك في حالة بيع الغير للمسك ، وحماية الدائنين من

(١) جاء في تبيين الحقائق لازيلى ج ٤ ص ١٠٧ : « والأصل و الأسباب انطلقت أن تعمل في حق الحكم بالاتراح ، والاتراخي إنما ثبت هنا ضرورة دفع الضرر ، ولا ضرر في توقف الملك ، ولأنه يتوقف الملك أنه موجود في حق الأحكام التي يتضرر المالك بها » . وانظر في بيان الحالات التي يكون فيها العقد موقوفاً على الإجازة مجموعة الرسائل الكبرى لابن نيمية ج ٢ ص ٢٧٤ الطبعة الأولى ١٣٢٣ هـ حيث أورد الحالات التي تبرر وقف نفاذ العقد على الإجازة . وانظر أيضاً النواعد لابن رجب ص ٤١٩ — ٤٢١ الطبعة الأولى ١٣٥٢ هـ — ١٩٣٣ م .

(٢) انظر في هذا هنرى مازو في شرح الالتزامات في القانون المدني الفرنسي ج ٢ ص ٢٤٤ .

(٣) انظر في هذا نظرية البطلان في القانون المدني للأستاذ الدكتور جيل الشرفاوى

التصرفات الضارة التي يجريها المدين المعسر لإضراراً بهم :

ونحن نلاحظ أن العقد الموقوف يحقق حماية بالنسبة لمن قصد بالوقف حمايتهم ، أكثر مما يحققه العقد القابل للإبطال ، وكذا العقد غير السارى أو غير النافذ في فقه القانون ، هذا بالإضافة إلى أن العقد الموقوف لا ينفذ إلا بالإجازة ، ومن ثم فلا يتحقق من الوقف ضرر وهذا على خلاف العقد القابل للإبطال الذى يعتبر نافذاً حتى يطلب إبطاله من له مصلحة فى ذلك ، ومن ثم فلا يحقق الحماية التى يحققها العقد الموقوف .

الباب الثاني

محل العقد الموقوف وما يقابله في القانون

تمهيد :

محل العقد أو المعقود عليه هو ما يثبت فيه أثر العقد وحكمه^(١) ومحل العقد الموقوف هو التصرف^(٢) الشرعي القولي^(٣) غير النافذ الذي يفيد

(١) انظر في هذا مقالا في العقود والشروط والخيارات للأستاذ الشيخ أحمد إبراهيم ص ٧٠٤ بجلة القانون والاقتصاد ، وانظر أيضاً المدخل للفقهاء الإسلاميين للأستاذ محمد سلام مذكور ص ٥٧٦ .

(٢) يمكن تعريف التصرف الشرعي بأنه : « كل ما يصدر عن الشخص من أفعال أو أعمال ويرتب عليه الشارع نتيجة من النتائج » . وهذا التعريف مستفاد من تقسيم الكاشاني في كتابه البهائم للتصرف الشرعي فقد جاء في الجزء السابع منه ص ١٧٠ - ١٧١ . « والتصرف لا يخلو إما أن يكون من الأفعال وإما أن يكون من الأعمال » . وانظر في تعريف التصرف في كتب الفقه الحديثة بحثاً في التصرف الإسقاطي ص ٣ وما بعدها القاهرة ١٩٦٨ م للأستاذ محمد زكريا البرديسي ، والمدخل للفقهاء الإسلاميين للأستاذ محمد سلام مذكور ص ٥٠٩ - ٥١٠ ، ورسالة الدرف والمادة للأستاذ أحمد فهمي أبو سنة ص ١٤٧ ، والمدخل للفقهاء العام للأستاذ مصطفى الزرقا ص ١٩٥ فقرة ١٣١ والمدخل لدراسة الفقه الإسلاميين للأستاذ محمد مصطفى شلبي ص ٢٣٦ الطبعة الأولى ١٣٧٦ هـ / ١٩٥٦ م .

(٣) التصرفات القولية هي ما يصدر عن الشخص من أقوال يلتفظ بها أو ما يقوم مقامها كالكتابة والإشارة ويرتب عليها الشارع أثراً سواء أكانت صادرة من الجائنين كاليه والإجارة أم من جانب واحد كالوقف والإبراء وسواء أكانت بعوض أم بغير عوض تملكية كانت أم إسقاطية . ويقابل هذا النوع من التصرفات في فقه القانون التصرف القانوني وهو أعمال الإرادة حين تتجه إلى إحداث أثر قانوني معين هو كسب حق أو نقله أو تعديله أو إنهائه ، أما الأعمال المادية فهي التي تصدر عن الشخص ويرتب عليها القانون أثراً بصرف النظر عن إرادة صاحبها فسواء اتجهت الإرادة إلى إحداث هذا الأثر أو لم تتجه إلى إحداث أثر ما . (انظر في هذا التصرف القانوني والواقعة القانونية للأستاذ الدكتور السنهوري) محاضرات ألفت على طلبه الدراسات العليا بالسلكية في العام الدراسي ١٩٥٣ - ١٩٥٤ ص ٣ وما بعدها ، ومصادر الالتزام للأستاذ الدكتور الصدة ص ٣٨ / ٣٩ طبعة ١٩٦٤ م ودروس في النظرية العامة للالتزام للدكتور محمود جمال الدين زكي ص ٣٢ طبعة ١٩٦٤ .

حكمه بالإجازة من يملكه اشريعاً ، سواء أكان تصرفاً في مال الغير كتصرف الفضولي بالبيع والإجارة والهبة والوقف والوصية ، أم كان تصرفاً صادراً من الشخص في مال نفسه ، كتصرف الصبي المميز في التصرفات الدائرة بين النفع والضرر كالبيع والإجارة إذ ينعقد تصرفه موقوفاً على إجازة وليه ، أم كان تصرفاً صادراً من شخص كامل الأهلية في ماله ولكن تعلق بالشئ المتصرف فيه حق للغير كبيع المرهون والمستأجر (١) .

وإذا كان محل العقد الموقوف كما ذكرنا هو التصرف القولي غير النافذ؛ فهل يعتبر التصرف الفعلي (٢) محلاً له وترد عليه الإجازة كما ترد على التصرف القولي هذا ما نبينه فيما يلي :

اختلف الإمام أبو حنيفة ومحمد في ذلك ، فذهب الإمام أبو حنيفة إلى أن الإجازة لا تلحق الأفعال بل تلحق الأقوال ، لأن الإجازة تصرف في العقد وليست تصرفاً في الفعل .

== ويعرف جوسران في كتابه الالتزامات في شرح القانون المدني الفرنسي ج ٣ ص ٧ الطبعة الثانية ١٩٣٣ م التصرف بأنه : « هو العمل الإرادي الذي يباشره الشخص بقصد إحداث آثار قانونية » .

(١) انظر في بيان ذلك بالتفصيل القسم التطبيقي من هذه الرسالة .

(٢) التصرف الفعلي هو ما يصدر عن الشخص من أفعال مادية وليست قولية أو عقدية ويرتب عليها الشارع نتيجة من النتائج وقد تكون هذه التصرفات مفيدة كالاكتساب والاحتشاش والاصطياد وقد تكون ضارة كالغصب والإتلاف والسرقة والقتل وقد يقوم بها الشخص بالأسالة عن نفسه أو بولاية من الشارع كتصرف الولي والوصي كما قد يجريها دون أن تكون له ولاية التصرف كالفضولي يرمم جداراً آيلاً للسقوط للغير .

وقد جاء في تهذيب الفروق ج ١ ص ٤٠٤ قاعدة ٣٥ : « أولاً إن الأسباب الفعلية تصح من السفه المحجور عليه دون القولية ، ثانياً إن الفعلية لا تقع إلا نافعة مفيدة غالباً بخلاف القولية والأسباب الفعلية هي كالاكتساب والاحتشاش والاصطياد » . وانظر في تقسيم التصرف إلى فعلي وقولي البدايم للكاساني ج ٧ ص ١٧١ والمبدل للفقهاء الإسلاميين للأستاذ محمد سلام مذكور ص ٥٠٩ - ٥١٠ الطبعة الثانية ١٣٨٣ هـ - ١٩١٣ م .

وذهب الإمام محمد إلى أن الإجازة كما تلحق الأقوال ، تلحق الأفعال ، فهي في هذا كالعقود تصلح لو ردد الإجازة عليها^(١) .

ونحن إذ نقارن بين رأى الإمام أبى حنيفة والإمام محمد فإننا نرجح الرأى الأول ، وذلك لأن الإجازة تصرف في العقد بالإبقاء فلا بد من قيامه وذلك بقيام العاقدين والمعقود عليه فموضوع الإجازة هو العقد الموقوف ، وقد تعرض الفقهاء للكلام عليها حين قاموا ببحث العقود المختلفة كالبيع والإجازة ، وليس موضوعها أو محلها التصرفات الفعلية ، ولعل مما يؤيد وجهة نظرنا من أن الأفعال لا تصلح محلاً للعقد الموقوف ، وبالتالي لا ترد عليها الإجازة ما جاء في الهداية من أن : « الإجازة تصرف في العقد فلا بد من قيامه وذلك بقيام العاقدين والمعقود عليه »^(٢) .

وسنتناول بالبيان محل العقد الموقوف إذا كان من عقود المعاوضات أو من التبرعات أم كان من العقود الأخرى كالزواج .

(١) جاء في جامع الفصولين ج ١ ص ٢٣٧ : « الإجازة في العقد تلحق الموقوف لا المفسوخ ، والإجازة لا تلحق الأفعال عند أبى حنيفة رحمه الله وتلحقها عند محمد رحمه الله كمعقود حتى إن الناصب لو رد المنصوب على أجنبي فأجاز المالك يرى » والناصب عند محمد رحمه الله لا عند أبى حنيفة رحمه الله ولو بعث دينه بيد رجل إلى الدائن فجاء الرجل إلى الطالب وأخبره به ورضى به وقال لمن جاء به اشترى به شيئاً ثم هلك قبل يهلك من مال المدبون وقبل يهلك من مال الطالب وهو الصحيح إذ الرضا بقبضه في الانتهاء كإذن بقبضه في الابتداء وهذا التعليل لإشارة إلى أن الإجازة تلحق الأفعال وهو الصحيح » .

(٢) انظر الهداية ج ٥ ص ١١٠ .

الفصل الأول

محل العقد الموقوف من المعاوضات

قد يكون محل العقد الموقوف من عقود المعاوضات كالبيع والشراء والإجارة وسنفرده لكل منها مبحثاً مستقلاً .

المبحث الأول

بيع ملك الغير

المطلب الأول

بيع ملك الغير في الشريعة

البيع لغة مصدر باع الشيء أى أخرجه عن ملكه وهو من أسماء الأضداد ويطلق على البيع والشراء وابتاع زيد الدار بمعنى اشتراها وابتاعها لغيره اشتراها له وباع عليه القاضى أى من غير رضاه^(١) . فمعناه مطلق المبادلة ، ومعناه اللغوى قريب من معناه الشرعى .

ففى اصطلاح الفقهاء هو مبادلة مال بمال تملكه وتملكه إلى هذا ذهب

(١) جاء فى المصباح المنير ج ١ ص ٣٤ (الباء مع الياء وما يثلثهما) (باعه) يبيعه بيعاً ومبيعاً فهو بائع . والبيع من الأضداد مثل الشراء ويطلق على كل واحد من المتعاقدين أنه بائع ولكنه إذا أطلق البائم فالتبادر إلى الذهن باذل السلعة ويطلق البيع على المبيع فيقال بيع جيد ويجمع على يبيع ... وابتاع زيد الدار بمعنى اشتراها وابتاعها لغيره اشتراها له وباع عليه القاضى أى من غير رضاه وفى الحديث لا يخطب الرجل على خطبة أخيه ولا يبيع على بيع أخيه أى لا يشتري لأن التهى فى هذا الحديث إنما هو على المشتري لا على البائع ... والأصل فى البيع مبادلة مال بمال كقولهم يبيع رابع ويبيع خاسر وذلك حقيقة فى وصف الأعيان لكنه أطلق على العقد مجازاً لأنه سبب التملك والتمليك .

جمهور الفقهاء من الحنفية^(١) والمالكية^(٢) والشافعية^(٣) والحنابلة^(٤).

وقد عرفته المادة ٣٤٣ من مرشد الخيران بقولها : « تملك البائع مالا للمشتري بمال يكون ثمناً للبيع ». ولم يفرق الفقهاء بين البيع والمقايضة بل يعتبرون العقدین بيعاً ، ذلك أن البيع إما أن يكون ثمناً بشئ ويسمى صرفاً أو عيناً بعين ويسمى مقايضة^(٥) أو عيناً بشئ ويسمى بيعاً مطلقاً أو عيناً بذمة ويسمى سلماً^(٦).

(١) جاء في فتح القدير (كتاب البيوع) ج ٥ ص ٧٣ : « وأما مفهومه لغة وشرعاً فقال نثر الإسلام البيع بمبادلة المال بالمال وكذا في الشرع لكن زيد فيه قيد التراضي ».

(٢) جاء في شرح الحرثي ج ٥ ص ٣ - ٤ : « استعمال باع إذا أخرج واشترى إذا أدخل ومي أفصح... وأما شري فيستعمل بمعنى باع كما في قوله تعالى « وشروه بشئ بخس... » أي باعوه ففرق بين شري واشترى ». . . والبيع الأعم عقد معاوضة على غير منافع ولا متعة لئلا يخرج الإجارة والكراء والنكاح وتدخل هبة الثواب والصرف والسلم ».

(٣) جاء في المجموع شرح المذهب ج ٩ ص ١٤٨/١٤٩ : « يقال بعث الشيء بمعنى بعته وبمعنى شريته ويقال شريت الشيء بمعنى شريته وبعته وأكثر الاستعمالات بعته إذا أزالته الملك فيه بالمعاوضة واشتريته إذا تملكته بها... والابتياح الاشتراء... وهو من الأضداد على اصطلاح اللغويين ومن المشترك على اصطلاح الأصوليين قال تعالى : « ومن الناس من يشري نفسه » . وقال تعالى : « وشروه بشئ بخس » وأما حقيقة البيع في اللغة فهو مقابلة المال بالمال وفي الشرع مقابلة المال بمال أو نحوه تليكا ».

(٤) انظر في فقه الحنابلة المغني والشرح الكبير ج ٤ ص ٢ طبعة ١٣٤٧ هـ .

(٥) وفي هذا تختلف الشريعة عن القانون فقد فرق بين البيع والمقايضة وعرف البيع في المادة ١٨٨ من القانون المدني المصري الحالي التي تنص على أن : « البيع عقد يلتزم به البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقاً مالياً آخر في مقابلة ثمن نقدي وعرف المقايضة في المادة ٨٢ التي تنص على أن : « المقايضة عقد به يلتزم كل من المتعاقدين » أن ينقل إلى الآخر على سبيل التبادل ملكية مال ليس من النقود ».

ويخلص من ذكر هذين التعريفين أن الذي يميز المقايضة عن البيع هو أن البديلين فيها ليسا من النقود فكل مقايض يعتبر بائعاً ومشترياً في وقت واحد فهو بائع للشيء الذي قايس به ومشتري للشيء الذي قايس عليه أما في البيع فالشئ يجب أن يكون من النقود وهذا وصف جوهري يفرق به البيع عن المقايضة .

(٦) جاء في القوانين الفقهية لابن جزي في فقه المالكية ص ٢٤١ طبعة ١٣٤٤ هـ :

« وأما البيع فثلاثة أنواع : بيع عين بمرض ونعني بالعين الذهب والفضة وبالمعرض ما سواهما وهذا ليس له اسم إلا البيع والتسم الثاني بيع معرض بمرض ويقال له مقايضة والتسم الثالث بيع =

ولما كان حكم البيع هو التمليك والتملك ، فقد ذهب الرأى الغالب فى
الفقه الإسلامى إلى أنه يشترط لنفاذ البيع أن يكون البائع مالكا للبيع
وأوقفوا بيع ملك الغير على إجازة المالك أو صاحب الحق فى الإجازة شرعاً .
والذى يبيع ملك غيره فى الشريعة الإسلامية يسمى فضولياً . ولهذا فإننا
سنبين فيما يأتى حقيقة الفضالة بين الشريعة والقانون ثم نعرض لبيان حكم
بيع ملك الغير .

التعريف بالفضولى فى الشريعة

الفضولى فى اللغة^(١) نسبة إلى الفضول جمع الفضل أى الزيادة ويجمع
على ما لا خير فيه .

وقد غلبت كلمة الفضولى فى التعبير عن الزيادة التى لا خير فيها فقليل
فضولى لمن يشتغل بما لا يعنيه .

وفى اصطلاح الفقهاء هو من يتصرف تصرفاً شرعياً ليست له ولاية
عليه^(٢) كمن يبيع ما لا يملك بدون إذن شرعى من المالك ، وكمن يشتري

== عين بعين فإن كان بيع ذهب بفضة فهو الصرف وإن كان بيع ذهب بذهب أو فضة بفضة فإن
كان بالوزن يقال له مراطة وإن كان بالعدد يقال له مبادلة . وانظر أيضاً بداية المجتهد لابن
رشد ج ٢ ص ١٠٤ وانظر فتح القدير ج ٥ ص ١٨٤/١٨٥ .

(١) جاء فى المعباح المنير ج ٢ ص ٥٧ (الفاء مع الضاد وما يثلثهما) : « فضل فضلا
من باب قتل والفضل الزيادة والجمع فضول وقد استعمل الجمع استعمال المفرد فيما لا خير فيه
ولهذا نسب إليه على لفظه فقليل فضولى لمن يشتغل بما لا يعنيه لأنه جعل علماً على نوع من الكلام
ذئبل منزلة المفرد واشتق منه فضالة » .

(٢) انظر فى بيان حقيقة الفضالة البحر الرائق لابن نجيم ج ٦ ص ١٦٠ وما بعدها فيه :
« الفضولى فى اصطلاح الفقهاء من ليس بوكيل وفتح الفاء خطأ وقليل الفضولى من يتصرف
فى حق الغير بلا إذن شرعى كالأجنبي يزوج أو يبيع ... وفى فتح القدير غلب فى الاشتغال بما
لا يعنيه ولا ولاية له فيه » . وانظر أيضاً حاشية الطحطاوى على الدر المختار ج ٣ ص ٨٥ ، ورد
المختار لابن عابدين ج ٤ ص ١٤١ وما بعدها الطبعة الثالثة ١٣٢٥ هـ ، وفتح القدير ج ٥ ==

شيئاً لغيره لم يوكله في شرائه وليست له ولاية الشراء، وكمن يؤجر ملك غيره وكمن يهب، أو يقف أو يوصى بملك الغير وكمن يزوج غيره دون إذنه . وكما يقوم الفضولي بتصرف قولي دون أن تكون له ولاية التصرف فإنه قد يقوم أيضاً بتصرف فعلي .

وقد نصت على تعريف الفضالة المادة ١١٢ من مجلة الأحكام العدلية فقالت : « الفضولي هو من يتصرف في حق الغير بدون إذن شرعي » .

الفضالة في القانون

هي أن يتولى شخص عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر دون أن يكون ملزماً بذلك (م ١٨٨ مدني مصري) .

وقد بين المشرع في التقنين المدني الفرنسي حقيقة الفضالة وأحكامها في المواد من ١٣٧١ إلى ١٣٧٥ تحت عنوان « شبه العقد » . وتعتبر الفضالة المصدر الثاني من مصادر الالتزامات في فقه القانون المدني الفرنسي (١) .

== ص ٣٠٩ وما بعدها ، وتبين الحقائق للزباني ج ٤ ص ١٠٣ وما بعدها والبدائع للكاساني ج ٥ ص ١٤٨ وما بعدها وجامع الفصولين ج ١ ص ٢٢٨ وما بعدها .

وانظر من المراجع الحديثة أحكام التصرف عن الغير بطريق النيابة للأستاذ الشيخ أحمد إبراهيم ص ٣ وما بعدها فقيه : « الفضالة وصف يقوم بشخص يتصرف بمقتضاه في شئون غيره نفساً ومالا بدون إذن من صاحب الشأن الذي يتصرف عنه ، ولا ولاية شرعية ولا وصاية والذي يصدر عنه العمل يسمى فضولياً » . وانظر الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية للأستاذ الشيخ محمد أبي زهرة ص ٣٤٢ والمعاملات الشرعية لأحمد أبي الفتح ج ٢ ص ٣٠٣ طبعة ١٣٣٢ هـ / ١٩١٤ م ، والمدخل للفقه الإسلامي للأستاذ محمد سلام مذكور ص ٦٢٤ الطبعة الثانية ١٣٨٣ هـ / ١٩٦٣ م .

(١) انظر رسالة في الفضالة للأستاذ موريس ماروت ص ٣٥ وما بعدها باريس ١٩٣١ م . وانظر لازو في الالتزامات ج ٢ فقرة ٦٦٩ صفحة ٦٤٣ طبعة ١٩٦٢ م . وانظر بلانيول وريبير وبولانجي ج ٢ فقرة ١١٨٥ ص ٤٥٦ طبعة ١٩٥٧ م ، ودی لا مورانديير ج ٢ ص ٧٤٦ فقرة ١٣١٥ طبعة ١٩٥٩ م . ونصت المادة ١٤٩ من تقنين الموجبات والعقود البنائي على تعريف الفضالة فقالت : « يكون العمل فضولياً حين يقوم المرء من تلقاء نفسه بإدارة شئون الغير عن علم وبلا تفويض بقصد العمل لحساب ذلك الغير » ونصت المادة ١٥٠ على أن : « الأعمال القانونية كالأعمال المادية يمكن أن تكون محوراً لعمل الفضولي » .

ويستفاد من تعريفها السابق أنه يشترط لقيامها الشروط الآتية :

١ — قيام الفضولى بشأن عاجل لحساب شخص آخر وقد يكون هذا الشأن عملاً قانونياً ، كأن يبيع الفضولى أو يؤثر شيئاً لرب العمل ، وقد يكون عملاً مادياً كإطفاء حريق شب بمنزل الجار ، ولا يكفي أن يكون هذا العمل نافعاً بل لا بد أن يكون ضرورياً ، وإذا قام الفضولى بالعمل الذى تولى به عاد ذلك بالنفع على رب العمل فإنه يحق له الرجوع عليه بما أنفقه من المصروفات وما ضاع عليه من خسارة أو فاته من ربح حتى لا يثرى هذا الغير على حسابه دون سبب^(١) .

٢ — أن يقصد فى قيامه بهذا الشأن العاجل مصلحة رب العمل ، وهذه النية هى التى تميز الفضالة عن الإثراء بلا سبب ، فإذا عمل شخص لمصلحة نفسه فإنه لا يكون فضولياً حتى لو عاد تدخله بنفع على الغير ، ولا يمكنه فى هذه الحالة أن يرجع بدعوى الفضالة وإنما يرجع بدعوى الإثراء بلا سبب إذا توافرت شروطها .

ويجوز أن يعمل الفضولى لمصلحة نفسه ولمصلحة رب العمل فى وقت معاً ، كالشريك فى الشبوع حين يؤثر العين الشائعة لمصلحة نفسه ولمصلحة شريكه . وهذا ما نصت عليه المادة ١٨٩ من التقنين المدنى المصرى الحالى من أنه : « تتحقق الفضالة ولو كان الفضولى فى أثناء توليه شأناً لنفسه قد تولى شأن غيره لما بين الشائنين من ارتباط لا يمكن معه القيام بأحدهما منفصلاً عن الآخر » . فالحل هو انصراف نية الفضولى إلى العمل لمصلحة الغير .

(١) الوسيط للأستاذ الدكتور السهورى طبعة ١٩٥٢ م ج ١ ص ١٢٣٤ ، وانظر له نظرية الالتزامات من ٤٠٤ — ٤٠٨ طبعة ١٩٣٨ ، وانظر أيضاً شرح القانون المدنى للدكتور محمد كامل مرسى ج ٢ ص ٣٧٤ وما بعدها طبعة ١٣٧٢ هـ / ١٩٥٣ م . ومصادر الالتزام للدكتور عبد المنعم فرج الصدة من ٦٢٣ — ٦٣٠ طبعة ١٩٥٨ م .

٣ — ألا يكون الفضولي ملتزماً في القيام بهذا الشأن العاجل ولا موكلًا فيه ولا منهياً عنه ، وعلى هذا فلا يعتبر فضولياً من يكون ملتزماً بتولى شأن الغير بمقتضى عقد كالوكيل ، أو بمقتضى أمر من المحكمة ، أو بمقتضى نص في القانون كالوصى^(١) .

ونحن نلاحظ أن القانون يتفق مع الشريعة الإسلامية في أن الفضولي هو من يقوم بعمل لحساب الغير سواء أكان تصرفاً قوالياً أم فعلياً في الشريعة ، أم تصرفاً قانونياً أو عملاً مادياً في القانون ، دون أن تكون له ولاية التصرف ، ثم يختلفان فيشترط القانون أن يقوم الفضولي بشأن عاجل ضروري لرب العمل تفضلاً منه ، أما في الشريعة فلا يشترط أن يكون هذا العمل عاجلاً أو ضرورياً .

حكم بيع ملك الغير في الشريعة

يرى الحنفية أن الذي يبيع مال الغير دون إذن من هذا الغير ودون أن تكون له ولاية شرعية يسمى فضولياً . وينعقد تصرفه بالبيع صحيحاً موقوفاً لا يلتجأ أثره حتى يجاز من له حق الإجازة كالملك أو الولي أو الوصي ، ومن ثم فإن التصرف يكون له وجود شرعي ولكن يوقف أثره فلا تنتقل ملكية المبيع إلى المشتري ، ولا ينتقل ملك الثمن من المشتري إلى البائع حتى يجاز العقد من صاحب الحق .

وبيع مال الغير يتوقف إذا كان له مجيز حال صدوره ، فإذا لم يكن له مجيز

(١) انظر في بيان شروط الفضالة الوسيط للأستاذ الدكتور السنهوري ج ١ ص ١٢٣٧ — ١٢٤٠ والمراجع المذكورة في الفقرة السابقة . وانظر في شرح القانون المدني الفرنسي بلانبول وريبير وبولانجيه ج ٢ ص ٤٧٠ — ٤٧١ طبعة ١٩٥٧ م .

فلا ينعقد وهذا إذا باع الفضولى الشيء على أنه للمالك^(١) .

أما إذا باعه لنفسه فإنه لا ينعقد أصلاً لأنه لا يجوز للواحد أن يتولى الطرفين فى البيع ولأنه فى هذه الحالة يكون مشترياً لنفسه ، وكذلك إذا شرط الفضولى الخيار للمالك يبطل العقد لأن الخيار له بدون الشرط فيكون الشرط له مبطلاً ، ولأنه إذا كان للمالك الخيار فى أن يبيع العقد أو يبطله يكون اشتراطه لا فائدة فيه فيلغو ، فبيع الفضولى ينعقد موقوفاً إلا فى مثل هذه الحالات فيبطل^(٢) .

هذا هو رأى الحنفية ويوافقهم المالكية^(٣) والخنابلة فى إحدى الروايتين فى المذهب^(٤) ، كما جنح إلى هذا رأى الشافعية فى المذهب القديم وحكى أيضاً

(١) جاء فى الهداية ج ٥ ص ٣٠٩ - ٣١١ : « ومن باع ملك غيره بغير أمره فالمالك بالخيار إن شاء أجاز البيع وإن شاء فسخ ... ولنا أنه تصرف تملك وقد صدر من أهله وفى محله فوجب القول بانعقاده إذ لا ضرر فيه للمالك مع تخييريه بل فيه نفعه حيث يكفى مؤنة طاب المشتري وقرار الثمن وغيره ونفع العاقد لصون كلامه عن الإلغاء وفيه نفع المشتري فتثبت القدرة الشرعية تحصيلاً لهذه الوجوه » .

وفى البدائع ج ٥ ص ١٤٨ : « لا ينفذ بيع الفضولى لانعدام الملك والولاية لكنه ينعقد موقوفاً على إجازة المالك ... وأصل هذا أن تصرفات الفضولى التى لها مجيز حالة العقد تنعقد موقوفة على إجازة المجيز من البيع والإجارة والنكاح والطلاق ونحوها فإن أجاز ينفذ وإلا فيبطل » . وانظر فى هذا المعنى فتح القدير ج ٥ ص ٣١١ ، وتبيين الحقائق للزيلعى ج ٤ ص ١٠٣ وما بعدها .

(٢) جاء فى الدر المختار للحصكفى ج ٤ ص ١٤٢ - ١٤٣ (ويبطل بيع الفضولى) من نفسه لأن الواحد لا يتولى طرفى العقد إلا الأب ، وعبرة الأشباه ببيع الفضولى موقوف إلا ... إذا باع لنفسه وإذا شرط فيه الخيار للمالك » .

(٣) انظر فى هذا كتاب القوانين الفقهية لابن جزىء ص ٢٣٨ مطبعة النهضة بنونس . وانظر بداية المجتهد لابن رشد ج ٢ ص ١٤١ - ١٤٢ الطبعة الأولى بمصر .

(٤) جاء فى المغنى لابن قدامة ج ٤ ص ٢٠٥ - ٢٠٦ : « وإن اشترى بعين مال الآمر أو باع بغير إذنه أو اشترى بغير موكله بعين ماله أو باع ماله بغير إذنه فقيه روايان . أحدهما البيع باطل ويجب رده ... والثانية البيع والعراء صحيحان ويقف على إجازة المالك فإن أجازته نفذ ولزم البيع وإن لم يجزه بطل » .

عن المذهب الجديد^(١) . ويتفق معهم الشيعة الزيدية^(٢) والإمامية^(٣) والإباضية^(٤) في إحدى الروايتين عندهم.

ويقابل هذا الرأي ما ذهب إليه الشافعية في المذهب الجديد^(٥) وكذا

(١) جاء في المجموع ج ٩ ص ٢٥٩ : « والقول الثاني وهو القديم أنه ينبغي موقوفاً على إجازة المالك لأن أجاز صح البيع وإلا لفا . وفي معنى المحتاج ج ٢ ص ١٥ : « بيع الفضولى وهو البائع مال غيره بغير إذنه باطل وكذا سائر تصرفاته القابلة للنيابة كما لو زوج أمة غيره أو ابنته أو طلق منكوحته أو أعتق عبده أو أجر داره أو وقفها أو وهبها أو اشترى له بعين ماله لأنه ليس بمالك ولا ولى ولا وكيل فلو عبر النصف بالتصرف بدل البيع اشمل الصور التي ذكرتها . وفي القديم تصرفه موقوف وقيل التصرف صحيح والموقوف الملك . وهذا القول نص عليه في الأم ونقله جماعة عن الجديد . . وفي متن البهجة ج ٢ ص ٤٠٦ . وفي القديم عقد الفضولى موقوف على الإجازة لخبر أبي داود عن عروة البارقي . . وفي شرح البهجة الأنصارى في نفس الموضع : « قوله وفي القديم موقوف . . وحكى عن الجديد أيضاً .

(٢) انظر في هذا كتاب المنتزع المختار في فقه الزيدية ج ٣ ص ٤١ .

(٣) جاء في كتاب مفتاح الكرامة للعامل ج ٤ ص ١٨٤ : ويشترط كون البائع مالكا أو ولياً عنه كالأب والجد والمالك وأمينه والوصى أو وكلاء بيع الفضولى . موقوف على الإجازة على رأى . . وقد أشار إلى ذلك في جامع المقاصد ووقع عين ذلك المحقق في الشرائع والنائع وغيره . وفي نفس المرجع ص ١٨٥ : « . . . وقال في المبسوط من باع ما لا يملك كان البيع باطلا . قال في الخلاف وإذا باع إنسان ملك غيره بغير إذنه كان البيع باطلا . . أدلة البطلان أنه تصرف في ملك الغير وأنه غير قادر على التسليم فكان البيع فاقداً للشرط والسبب . أما السبب فلأن جواز التصرف في العقود معلول للملك وهو سبب وعلة له وأما الشرط فلعدم القدرة على التسليم وفي المختصر النائع ص ١١٨ : « ولو باع الفضولى فقولان ، أشبههما ولو فقه على الإجازة » .

(٤) انظر في هذا النيل وشفاء العليل ج ٤ ص ١٣٦ .

(٥) جاء في المذهب الشيرازى ج ١ ص ٢٦١ - ٢٦٢ : « ولا يجوز بيع ما لا يملك من غير إذن مالكة لا روى عن حكيم بن حزام من أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « لا تبع ما ليس عندك » .

وفي الوجيز للفزائى ج ١ ص ١٣٤ : « الشرط الثالث في المقود عليه أن يكون مملوكاً لمن وقع المقود له فبيع الفضولى مال الغير لا يقف على إجازته على المذهب الجديد وكذا بيع الغائب وإن كثرت تصرفاته في أثمان التصوبات على أقيس الوجهين فيحكم بطلان الكل » .

الحنابلة^(١) والشيعية الإمامية والزيدية والإباضية في الرواية الأخرى عندهم^(٢) وكذا أهل الظاهر^(٣) فهم يقولون إن بيع الفضولي لمال الغير باطل .
ومن ثم فإننا نخلص إلى أن هناك رأيين في حكم بيع الفضولي لمال الغير .
رأى يقول بانعقاد التصرف صحيحاً موقوفاً على الإجازة ورأى يقول بأنه باطل .

واستدل كل فريق منهم بالنص وبالقياس وبالمعقول وقد سبق أن أوضحنا أدلة كل منهم تفصيلاً وانتهينا إلى ترجيح رأى القائل بالوقف فليرجع إليه^(٤) .

المطلب الثاني

بيع ملك الغير في القانون

عرفنا أن الحنفية ومن وافقهم من فقهاء المذاهب الأخرى يرون أن بيع ملك الغير ينعقد موقوفاً على الإجازة من يملكها .

أما فقهاء القانون الفرنسي والمصري فقد تضاربت آراؤهم في حكم بيع ملك الغير فمن قائل إنه باطل بطلاناً نسبياً ، ومن قائل إنه باطل بطلاناً مطلقاً ، ومن قائل إنه قابل للفسخ ، وقبل أن نعرض لبيان ذلك تفصيلاً نوضح أولاً حكم بيع ملك الغير في القانون الروماني .

(١) انظر في هذا كشاف القناع على متن الإقناع لمصنوع بن إدريس ج ٢ ص ١١ الطبعة الأولى ١٣١٩ هـ .

(٢) انظر في فقه الشيعة الإمامية مفتاح الكرامة للعامل ج ٤ ص ١٨٤ ، وفي فقه الشيعة الزيدية المنتزع المختار ج ٣ ص ٤١ ، وفي فقه الإباضية النيل وشفاء العليل ج ٤ ص ١٣٦ .

(٣) انظر في هذا المحلى لابن حزم ج ٨ ص ٤٣٤ مسألة رقم ١٤٦٠ .

(٤) انظر الفصل الثاني من الباب الأول تحت عنوان : « أدلة القائلين بالوقف وأدلة القائلين بالبطلان » .

بيع ملك الغير في القانون الروماني

كان البيع في القانون الروماني من عقود التراضي ولكنه لم يكن نافلاً للملكية ، بل كان عقداً منتجاً لمجرد تعهدات ، ومن مقتضى هذه التعهدات أن البائع يلتزم بتمكين المشتري من وضع يده على المبيع والانتفاع به . وحيازته حيازة هادئة ، وكان لابد لنقل الملكية من اتباع إحدى الإجراءات الشكلية المعروفة في هذا القانون وهي الإشهاد أو التنازل القضائي أو التسليم أو التقادم .

ولم يكن البائع يلتزم بموجب عقد البيع بنقل الملكية إلى المشتري إلا إذا نص على ذلك صراحة في العقد، وكان الزامه كما ذكرنا قاصراً على تمكين المشتري من حيازة المبيع حيازة هادئة ، وكان من نتيجة ذلك حرمان البائع من التعرض للمشتري ووجوب دفاعه عنه إذا تعرض له الغير . ولهذا كان بيع ملك الغير صحيحاً عند الرومان لأن البائع لا يلتزم إلا بتمكين المشتري من حيازة المبيع حيازة هادئة وهذا متصور ولو لم يكن البائع مالكا للمبيع لاحتمال ألا يتعرض المالك الحقيقي للمشتري في وضع يده^(١) .

بيع ملك الغير في القانون المدني الفرنسي

تنص المادة ١٥٩٩ من التقنين المدني الفرنسي على أن « بيع ملك الغير باطل ، والمشتري الحق في التعويض إذا كان يحمل أن المبيع ليس مملوكاً للبائع » . وقد تضاربت الآراء في الفقه الفرنسي في تأصيل بطلان بيع ملك الغير لغموض النص السابق .

(١) انظر في هذا القانون الروماني للدكتور محمد عبد النعم بدر ص ٣١٠ طبعة ١٩٤٦ م ، وشرح عقد البيع للدكتور أنور سلطان الطبعة الأولى سنة ١٩٥١ م ص ١٦ - ١٧ .

فذهب فريق منهم إلى أن هذا البيع يعتبر قابلاً للفسخ وليس باطلاً، وذلك لأن البائع لم يقيم بتنفيذ التزامه وهو نقل ملكية المبيع إلى المشتري فلمشتري أن يطلب فسخ البيع .

وقد انتقد هذا الرأي لتعارضه مع نص المادة السالفة الذكر التي تنص على البطلان، والبطلان شيء آخر غير الفسخ وقالوا بالإضافة إلى ذلك إنه لو كان حكم بيع ملك الغير الفسخ غسب ، لكان للقاضي سلطة تقديرية في إجابة المشتري إليه ، ولما استطاع أن يقضى به لو تمكن البائع من نقل الملكية إلى المشتري بعد رفع الدعوى^(١) .

ويذهب فريق آخر إلى أن هذا البيع يعتبر باطلاً بطلاناً مطلقاً إما لانعدام السبب إذ الالتزام المشتري لا يقابله شيء مادام البائع غير قادر على نقل الملكية إليه ، وإما لاستحالة المحل استحالة مطلقة وهو كون البائع عاجزاً عن نقل الملكية إلى المشتري .

وقد انتقد هذا الرأي لأن هذا البيع لو كان باطلاً بطلاناً مطلقاً لما أنتج أثراً. هذا بالإضافة إلى أن البائع قد يحصل على ملكيته للبيع فينفذ التزامه، فالسبب إذن غير معدوم والمحل غير مستحيل استحالة مطلقة، والبائع إذا لم يقيم بتنفيذ التزامه بنقل الملكية إلى المشتري فالجواز هو الفسخ لا البطلان^(٢) .

وذهب رأي ثالث إلى أن دعوى بطلان بيع ملك الغير تعتبر دعوى ضمان الاستحقاق يسبق المشتري إلى رفعها قبل أن ترفع عليه هو دعوى الاستحقاق من المالك الحقيقي ، ذلك أنه إذا كان المشتري لا يستطيع الرجوع على البائع بمقتضى أحكام الضمان إلا إذا حصل له تعرض فعلي من المالك ،

(١) انظر في بيان هذا الرأي بودري وسيفيا في البيع والمقايضة ج ٢ ص ٩٣ بند ١١٧ . وانظر كذلك مازو ج ٣ بند ٨١٩ طبعة ١٩٦٠ م .

(٢) انظر مازو ج ٣ ص ٦٩٥ بند ٨١٦ ، وعقد البيع للأستاذ الدكتور السهوري ص ٢٧٦ - ٢٧٧ طبعة ١٩٦٠ م .

فإنه لا يلزم في حالة بيع ملك الغير أن يقع تعرض فعلي، وإنما يكفي أن يوجد ما يخشى معه التعرض .

وقد انتقد هذا الرأي نظراً لعدم اتفاق أحكام تقادم دعوى البطلان مع أحكام تقادم دعوى الضمان في القانون الفرنسي^(١) كما أن أحكام بيع ملك الغير تختلف بصفة عامة عن أحكام الضمان .

وذهب رأى رابع إلى أن أساس البطلان هو الغلط الذي يقع فيه المشتري . ذلك أن المشتري قد اعتبر ملكية المبيع للبائع صفة جوهرية وهذا الاعتبار كان دافعاً له إلى التعاقد ، وبالتالي يعتبر هذا الغلط عيباً في الرضاء ، ومن جهة أخرى فإن المشتري يعتبر أنه قد وقع في غلط في شخص البائع نظراً لتوهمه أنه المالك، وهذا بدوره يعيب الرضاء كذلك ، وخلاصة هذا الرأي أن المشتري قد وقع في غلط في شخص البائع أو في المبيع^(٢) .

ريقتضى ذلك أن البيع لا يكون قابلاً للإبطال إلا إذا كان المشتري حسن النية حيث يقع في غلط في شخص البائع وفي المبيع ، إلا أن هذا يتعارض مع عموم نص المشرع في هذا الصدد الذي يجعل للمشتري أن يطلب البطلان في جميع الحالات سواء أكان حسن النية أو سيئ النية بأن كان يعلم أن المبيع ليس يملوكا للبائع ، وكل مارتبه القانون من أثر في حالة علم المشتري بأن المبيع غير يملوك للبائع هو حرمان المشتري من طلب التعويض^(٣) .

بيع ملك الغير في القانون المدني المصري

اختلاف رأى الفقهاء في مصر في تأصيل بطلان بيع ملك الغير ونوضح فيما يلي هذه الآراء :

(١) انظر في هذا موسوعة دالوز تحت عنوان : « بيع » رقم ٣٨٩ -

(٢) انظر في هذا ما زو ج ٣ رقم ٨١٦ من ٦٩٥ - ٦٩٦ ؛ جوسران ج ٢ رقم

١٠٤٣ - ١٠٤٥ من ٥٤٥ - ٥٤٧ .

(٣) انظر عقد البيع للأستاذ الدكتور السهوري ص ٢٧٧ هامش ٣ .

الرأى الأول :

ويذهب إلى أن يبيع ملك الغير يعتبر باطلا بطلاناً مطلقاً لاستحالة المحل استحالة مطلقة في الظروف الخارجية المحيطة بالبائع ، ولكن هذا العقد يتحول من بيع ناقل للملكية طبقاً لنظرية التحول المنصوص عليها في المادة ١٤٤ من التقنين المدنى المصرى إلى بيع ملشىء لالتزامات فحسب متى ثبت أن نية الطرفين المحتملة كانت تنصرف إلى ذلك لو علموا أن العقد الأول لا يمكن انعقاده بسبب عدم ملكية البائع ، وقد انتهى هذا الرأى إلى أنه يمكن القول بأن المشرع قد جعل من تنظيم بيع ملك الغير في المواد ٤٦٦ وما بعدها تطبيقاً تشريعياً لنظرية تحول العقد الباطل ، تجاوز فيها بعض الشيء عما تقتضيه نظرية التحول العامة من انصراف نية المتعاقدين المحتملة إلى التحول إذ فرض فيه انصراف نية البائع المحتملة إلى التحول فرضاً غير قابل لإثبات العكس دون أن يفرض مثل ذلك في نية المشتري^(١) .

وهذا الرأى مردود من ناحيتين :

الاولى : تعارضه مع نص المادة ٤٦٦ من التقنين المدنى المصرى وهى قاطعة فى أن يبيع ملك الغير قابل للإبطال وليس باطلا بطلاناً مطلقاً .

الثانية : القول بتحول العقد هنا يتعارض مع نظرية التحول التى يشترط لقيامها انصراف نية كل من المتعاقدين المحتملة إلى ذلك وقت العقد لابعده . ونية المشتري المحتملة تستعصى على هذا التأويل ، فنيته إما أن تكون قد انصرفت احتمالاً إلى العقد الجديد منذ البداية فلا يجوز لإثبات العكس ، وبالتالي فليس له بعد ذلك أن يطلب إبطال العقد ، وإما ألا تكون قد

(١) انظر فى هذا الموجز فى البية والإيجاز طبعة ١٩٥٨م للدكتور سليمان مرقس فقرة ٩٤

انصرفت إلى العقد الجديد فلا يكون هناك تحول ، وينبغي أن يبقى البيع باطلاً بطلاناً مطلقاً وهذا يتعارض مع صريح النص .

الرأي الثاني :

ويقرر أن بيع ملك الغير يعتبر قابلاً للإبطال لمصلحة المشتري^(١) بموجب نص خاص وهو في الوقت نفسه غير سار في حق المالك الحقيقي .

والبطلان هنا أنشأه نص تشريعي خاص ، ومن ثم فإن قواعد هذا البطلان تختلف في بعض النواحي عن القواعد العامة في البطلان ، من ذلك أن بيع ملك الغير ينقلب صحيحاً إذا أصبح البائع مالكا للبيع ، مع أن العقد القابل للإبطال لا ينقلب صحيحاً إلا إذا أجازاه العاقد الذي تقرر البطلان لمصلحته وهو هنا المشتري ، وللمالك الحقيقي أيضاً أن يقره وإقراره يجعل العقد صحيحاً ويجعله في الوقت ذاته سارياً في حقه ، كما أن العقد ينقلب صحيحاً إذا أصبح المشتري مالكا للبيع^(٢).

(١) جاء في حكم المحكمة النقض بملسة ١٤/٣/١٩٦٣ م (مجموعة أحكام محكمة النقض س ١٤ رقم ٤٥ ص ٢٩٨) : « بطلان بيع ملك الغير مقرر لمصلحة المشتري ، ومن ثم يكون له دون غيره أن يطلب إبطال العقد وما لم يثبت أن البائع غير مالك وطلب البطلان صاحب الحق فيه ، فإن عقد البيع يبقى دائماً منتجاً لآثاره بحيث يكون للمشتري أن يطالب البائع بتنفيذ التزاماته وبعد هذا منه إجازة للعقد » ، وانظر شرح أحكام عقد البيع للدكتور محمد إيب شنب ص ٩٢ - ٩٥ طبعة ١٩٦٨ م .

(٢) انظر في هذا البيع والمقايسة للدكتور السهوري ص ٢٨٣ - ٢٨٤ طبعة ١٩٦٠ م . (الجزء الرابع من الوسيط - المجلد الأول) . وانظر مقال الدكتور حلمي بهجت بدوي في بطلان بيع ملك الغير المنشور بمجلة القانون والاقتصاد السنة الأولى ص ٥٨٨ وما بعدها . وانظر كذلك البيع للدكتور حامد زكي والأستاذ أحمد نجيب الهلالي ص ١٥٠ وما بعدها . وعقد البيع في القانون المدني للدكتور عبد النعم البدراوي الطبعة الأولى سنة ١٩٥٧ م ص ٥٧٧ وما بعدها . والعقود المسماة للدكتور محمد كامل مرسى ج ٦ ص ٤٣٧ - ٤٥٠ . وانظر في اعتبار البطلان هنا من نوع خاص أنشأه النص مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ١٩٣ .

وقد تضمنت النص على ذلك المواد من ٤٦٦ إلى ٤٦٨ من التقنين المدني المصري الحالي .

فنصت المادة ٤٦٦ على ما يأتي :

١ - « إذا باع شخص شيئاً معيناً بالذات وهو لا يملكه جاز للمشتري أن يطلب إبطال البيع، ويكون الأمر كذلك ولو وقع البيع على عقار سجل العقد أو « لم يسجل » .

٢ - « وفي كل حال لا يسرى هذا البيع في حق المالك للعين المباعة ولو أجاز المشتري العقد » .

وتنص المادة ٤٦٧ على أنه : « إذا أقر المالك البيع سرى العقد في حقه وانقلب صحيحاً في حق المشتري » .

٣ - « وكذلك ينقلب العقد صحيحاً في حق المشتري إذا آلت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور العقد » .

وتنص المادة ٤٦٨ على أنه : « إذا حكم للمشتري بإبطال البيع ، وكان يحتمل أن المبيع غير مملوك للبائع فله أن يطالب بتعويض ولو كان البائع حسن النية » (١) .

الرأي الثالث :

ويذهب إلى القول بأن بيع ملك الغير موقوف على الإجازة على غرار العقد الموقوف في الفقه الإسلامي (٢) ، ويقول هذا الرأي : « قد تضاربت آراء الشراح في طبيعة البطلان الذي يلحق ببيع ملك الغير ، على أن الرأي الصحيح هو أن بيع ملك الغير بيع غير نافذ في حق المالك وعدم نفاذ العقد الناقل للملكية

(١) ونقابل هذه النصوص المواد من ٤٣٤ - ٤٣٦ من القانون المدني السوري والمواد من ٤٥٥ إلى ٤٥٧ من التقنين المدني الليبي .

(٢) النظرية العامة للتأمين العيني للدكتور شفيق شحاتة فقرة ٩٣ ص ٧٩ طبعة ١٩٤٢ م .

يجعله كذلك عديم الأثر فيما بين المتعاقدين ، وليس معنى ذلك أن العقد باطل بطلاناً مطلقاً أو نسبياً فالعقد يعتبر في هذه الصورة عقداً موقوفاً .
والعقد الموقوف يتوقف أثره على الإقرار الصادر من المالك ، فإذا أقره المالك أنتج أثره فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى المالك ، وإذا لم يقره المالك فالعقد يظل معدوم الأثر كما كان .

ويؤخذ على هذا الرأي ما يأتي :

أولاً : لا يمكن القول بانعقاد بيع ملك الغير موقوفاً على الإجازة في القانون المدني المصري الحالي طالما يوجد نص صريح يقضى باعتبار بيع ملك الغير عقداً قابلاً للإبطال (م ٤٦٦) لاعتدأ موقوفاً ، وحيث فلا مجال للاجتهاد فيما فيه نص صريح ، ويجب إعمال هذا النص الصريح .

ولا يمكن القول باعتبار تصرف ما في ظل القانون المدني المصري الحالي موقوفاً إلا حيث لا يوجد نص وفقاً لأحكام المادة الأولى فقرة ثانية من هذا القانون ، وذلك كما في حالة تجاوز الوكيل لحدود الوكالة حيث لا نص على حكمه فيمكن القول بانعقاده ، موقوفاً على إجازة الموكل .

ثانياً : بيع ملك الغير باعتباره عقداً قابلاً للإبطال ينتج أثره في الحال إلى أن يقضى ببطلانه ، ولا يبطل إلا إذا طلب المشتري ذلك . أما العقد الموقوف فلا ينتج أثره قبل الإجازة من المالك الحقيقي ، كما تقضى بذلك أحكام الشريعة الإسلامية عند القائلين بفكرة العقد الموقوف . كما أن المشتري في القانون في حالة بيع ملك الغير يملك الإجازة . أما في الشريعة الإسلامية فالعقد الموقوف لا يجيزه إلا المالك الحقيقي أو من يقوم مقامه .

وقد انتقد هذا الرأي أيضاً بعض فقهاء القانون المدني المصري مقررأ أن المشرع في التقنين المدني وإن عرف التصرف الموقوف في الأمور التي

امتدق أحكامها من الشريعة ، كما هو الحال بالنسبة للوصية بأكثر من الثلث ، إلا أنه في الأمور التي لم يستقمها من الشريعة لا يعرف شيئاً اسمه العقد الموقوف . فالعقد إما صحيح وإما باطل ، والباطل إما أن يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً ، وإما أن يكون باطلاً بطلاناً نسبياً ولا شيء أكثر من هذا (١) .

(١) جاء في كتاب التأمينات الشخصية والعينية للأستاذ الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي ص ٣١٨ هامش (١) الطبعة الثانية سنة ١٩٥٤ : « ويلاحظ أن زميلنا الدكتور شفيق شحاتة وكيف التصرف في ملك الغير بالبيع أو بالرهن بأنه عقد موقوف وهو يقول في ذلك إن رهن ملك الغير ، يعتبر عقداً موقوفاً لا صحيحاً ولا باطلاً وهذا قول عجيب ، فالزميل يقصد بالعقد الموقوف أن أثره يتوقف على الإقرار الصادر من المالك ، ونحن نفهم تماماً أن التصرف في ملك الغير لا ينفذ في حق المالك إلا إذا أقره ولكن هذا الأثر لا يمكن ترتيبه على كون العقد موقوفاً ، وإنما على قاعدة أن العقود لا تنفع ولا تضر غير عاقدتها ، أما في العلاقة بين المتعاقدين البائع والمشتري أو الرهن والمرتهن ، فيتم تسكييف العقد على أنه موقوف متناقضاً مع الأحكام العامة في القانون والأحكام الخاصة لبيع ورهن ملك الغير . فالأحكام العامة للقانون تجعل إبرام العقد أمراً خاصاً بطرفيه ، فهي لا تدخل فيه طرفاً ثالثاً ، والعقد إذا أبرم بين طرفيه ، فهو إما أن يبرم صحيحاً أو باطلاً ، ويجب ألا نخلط بين إبرام العقد وبين إنتاج أثره ، فهذا أمر وذاك آخر . أما الأحكام الخاصة ببيع ورهن ملك الغير فهي لا تنسق أبداً مع القول بأن العقد يقيم موقوفاً على إقرار المالك الحقيقي وذلك للأسباب الآتية :

١ — القول بأن العقد موقوف على إقرار المالك الحقيقي يحمل مصيره بين يدي هذا الأخير وحده ، فلا يخول لأى من الطرفين البائع والمشتري أو الرهن والمرتهن الخلاص منه ، وهذا يتناقض مع ما يقضى به القانون من إمكان البائع والمرتهن الخلاص من التصرف ، وعلى أية حال ففكرة العقد الموقوف لا يمكن أن تفسر لنا التمييز بين العارفين لمنح أحدهما (المشتري والمرتهن) وسيلة للخلاص من التصرف دون الثاني (البائع أو الرهن) ولا ينطلى علينا تفسير صاحب الفكرة هذا بأن منح البائع أو الرهن من الخلاص من التصرف يرجع إلى أن العقد الموقوف ينجح الطرف الثاني (المشتري أو المرتهن حقاً موقوفاً) لاذ في هذا القول شيء من التناقض ، لأن العقد الموقوف لا ينتج أى أثر ما دام موقوفاً .

٢ — يؤدي القول بفكرة العقد الموقوف أنه لا ينتج أى أثر ما دام المالك الحقيقي لم يقره ، وهذا يتعارض مع ما يقضى به القانون من أننى إذا تمت لك شيئاً مملوكاً للغير أو رهنته لك حيازياً فإني أنحمل قبلك بكافة الالتزامات الشخصية كأن أسلم إليك الشيء وعلى الأخص أنى أضمن لك استحقاق الغير له .

ونحن نؤيد هذا الرأي ونرتضيه إذ أنه لا يمكن اعتبار تصرف ما موقوفاً في ظل التقنين المدني المصرى الحالى طالما لا يوجد نص يقرر ذلك، وقد يكون من الأفضل من ناحية السياسة التشريعية أن يأخذ المشرع المصرى بفكرة العقد الموقوف في تقنيننا المدني لشمولها ودقتها، كما أخذ بها المشرع في التقنين المدني العراقى، فنصت المادة ١٣٥ من هذا التقنين على ما يأتى :

١ -- من تصرف في ملك غيره بدون إذنه انعقد تصرفه موقوفاً على إجازة المالك .

٢ — فإذا أجاز المالك تعتبر الإجازة توكيلاً ويطالب الفضولى بالبدل إن كان قد قبضه من العاقد الآخر .

٣ — وإذا لم يحجز المالك تصرف الفضولى بطل التصرف وإذا كان العاقد الآخر قد أدى للفضولى البدل فله الرجوع عليه به ، فإن هلك البدل في يد الفضولى بدون تعد منه وكان العاقد الآخر قد أداه عالماً أنه فضولى فلا رجوع له بشيء منه .

٤ — وإذا سلم الفضولى العين المعقود عليها لمن تعاقده معه فهلكت في يده بدون تعد منه فللمالك أن يضمّن قيمتها أيهما شاء ، فإذا اختار تضمين أحدهما سقط حقه في تضمين الآخر .

٣ — وحتى بالنسبة إلى حق الملكية أو حق الرهن ، فالقول بأن ييم أو رهن ملك الغير يكون موقوفاً على إقرار المالك الحقيق يقيم فاسداً ولا أدل على ذلك من أن الحق يتقرر أحياناً على الشيء دون أى إقرار من المالك للتصرف ، ويحصل ذلك في الحالة التي تؤول فيها الملكية للتصرف ، حتى إذا كان ذلك حاصلًا رغم إرادة المالك الأصل ، كما إذا آلت الملكية للتصرف نتيجة وضع اليد ، والحقيقة أن المشرع المصرى وإن عرف التصرف الموقوف في الأمور التي استثنى أحكامها من الشريعة النراء ، كما هو الحال بالنسبة إلى الوصية بأكثر من الثلث حيث تتم موقوفة على إجازة الورثة إلا أنه في الأمور التي لم يستثها من الشريعة لا يعرف شيئاً اسمه التصرف أو العقد الموقوف .

فالمشرع في هذا التقنين قد سار على قواعد الفقه الإسلامي فاعتبر بيع الفضولي موقوفاً على إجازة المالك .

وحسبنا فعل المشرع العراقي في ذلك ، وحبذا لو حذا المشرع عندنا في مصر حذوه إذ الأولى أن يقال بوقف نفاذ العقد على إجازة المالك الحقيقي بدلاً من أن يقال بأنه عقد قابل للإبطال ، أو قابل للفسخ أو باطل بطلاناً مطلقاً على نحو ما ذهب إليه فقهاء القانون . فالقول بالوقف يحسم هذه الخلافات ، ويقضى عليها ويضع حكماً واحداً للمسألة ، فضلاً عن أنه يحقق حماية أكثر للمالك الذي يبيع ملكه بدون إذنه ، إذ أن التصرف يبقى موقوفاً بالنسبة له ، وبالنسبة للمتعاقدين . أما في العقد القابل للإبطال فإن نفاذ العقد قبل إجازته أو إبطاله قد يتحقق من جرائه ضرر بصاحب الشأن ، كالمالك حين يباع ملكه بغير إذنه فقد لا يريد بيع المبيع الذي حدث فيه التصرف دون إذنه أو إقراره .

المبحث الثاني

شراء الفضولي للغير في الشريعة وما يقابله في القانون

في المذهب الحنفي إذا اشترى الفضولي شيئاً لغيره فإن الأمر لا يخلو من حالتين :

الحالة الأولى : إما أن يضيف العقد إلى نفسه .

الحالة الثانية : إما أن يضيفه إلى الذي اشترى له .

فإذا أضاف العقد إلى نفسه ، ولم يضيفه إلى الذي اشترى له فإن العقد ينفذ في حقه ، ولا يتوقف على إجازة الغائب ، ويصبح الشيء الذي اشتراه

لنفسه ، سواء وجدت الإجازة من الذى اشترى له أو لم توجد ، لأن الشراء إذا وجد نفاذاً على العاقد نفذ عليه فيصبح بحكم هذا العقد النافذ مشترياً لنفسه ، وهو المالك لما اشتراه والمدين بشئ منه ، وله أن يبيع ما اشتراه بعقد مبتدأ إلى الغائب أو إلى غيره . كل هذا ما لم يكن الفضولى من غير أهل لزوم العهدة ، بأن كان صبيّاً أو محجوراً فلا يجد العقد نفاذاً عليه لنقص الأهلية ، فيتوقف على إجازة الذى اشترى له ضرورة ، فإن أجازته نفذ وإن كانت العهدة عليه لا عليهما لأنهما ليسا من أهل لزوم العهدة^(١) .

أما إذا أضاف الفضولى العقد إلى الذى اشترى له فإن لذلك أربعة أوجه نوضحها على النحو الآتى :

الأول : أن يقول البائع بعت هذا لفلان بكذا ، والفضولى يقول اشتريت لفلان بكذا أو قبلت ولم يقل لفلان فهذا يتوقف .

الثانى : أن يقول البائع بعت لأجل فلان والمشتري يقول اشتريت لأجله أو قبلت فهذا أيضاً يتوقف على إجازة ذلك الغير .

الثالث : أن يقول بعت هذا منك بكذا فيقول اشتريت أو قبلت ونوى أن يكون لفلان فإنه ينفذ عليه .

الرابع : أن يقول اشتريت لفلان بكذا والبائع يقول بعت منك فإن

(١) جاء فى البدائم للكاسانى ج ٥ ص ١٥٠ : « الفضولى إذا اشترى شيئاً لغيره فلا يخلو إما أن أضاف العقد إلى نفسه وإما أن أضافه إلى الذى اشترى له ، فإن أضافه إلى نفسه كان المشتري له سواء وجدت الإجازة من الذى اشترى له أو لم توجد لأن الشراء إذا وجد نفاذاً على العاقد نفذ عليه ولا يتوقف لأن الأصل أن يكون تصرف الإنسان لنفسه لا لغيره قال تعالى : « لها ما كسبت وعليها ما اكتسبت » . وقال جل شأنه : « وأن ليس للإنسان إلا ما سعى » . فهراء الفضولى يعتبر كسبه حقيقة فالأصل أن يكون له إلا إذا جعله لغيره أو لم يجر نفاذاً عليه لعدم الأهلية فيتوقف » . وانظر فى نفس المعنى جامع الفصولين ج ١ ص ٢٣٢ .

العقد يبطل في أصح الروايتين في المذهب . وقيل يتوقف ولا ينفذ على الفضولي^(١) .

ويعمل الفقهاء توقف نفاذ شراء الفضولي على إجازة الغير في الوجهين الأول والثاني ، بأن التصرف هنا قد أضيف إلى الغير فيتوقف على إجازته ، لأن تصرف الإنسان وإن كان له على اعتبار الأصل ، إلا أن له أن يجعله لغيره كالوكيل^(٢) .

كما يعملون نفاذ التصرف على الفضولي بالشراء في الحالة الثالثة بأنه لم توجد إضافة إلى ذلك الغير حتى يتوقف نفاذه على إجازته وهذه الإضافة يجب أن تكون من الجانبين ، أى في الإيجاب والقبول ، فإذا وجدت من أحدهما ، ولم توجد من الآخر فلا يتوقف أيضاً ، لأنه يعتبر شرط عقد ، وشرط العقد لا يتوقف ، وإنما توقف لضرورة الإضافة من الجانبين فإذا لم توجد يجب العمل بالأصل^(٣) .

(١) جاء في الفتاوى الأقروبية ج ١ ص ٢٥١ : « شراء الفضولي على أربعة أوجه : الأول : أن يقول البائع بعت هذا لفلان بكذا والفضولي يقول اشتريت لفلان بكذا أو قبلت ولم يقل لفلان فهذا يتوقف . والثاني : أن يقول البائع بعت لأجل فلان والمشتري يقول اشتريت لأجله أو قبلت فإنه يتوقف . والثالث : أن يقول بعت هذا منك بكذا فقال اشتريت أو قبلت ونوى أن يكون لفلان فإنه ينفذ عليه . والرابع : أن يقول اشتريت لفلان بكذا والبائع يقول بعت منك . بطل العقد في أصح الروايتين » .

وانظر في نفس المعنى الفتاوى الحانية على هامش الفتاوى الهندية ج ٢ ص ١٧٣ - ١٧٤ ، وفتاوى قاضى خان مخطوط رقم ٣٤٤ بدار الكتب المصرية المجلد الثانى ورقة ٣١٥ - ٣١٦ ، ورد المختار لابن عابدين ج ٤ ص ١٤٤ ، والبحر الرائق ج ٦ ص ١٦٢ ، وفتح القدير ج ٥ ص ٣١١ - ٣١٢ . وجامع الفصولين ج ١ ص ٢٣٣ .

(٢) جاء في البدائع للكاتبانى ج ٥ ص ١٥٠ : « تصرف الإنسان وإن كان له على اعتبار الأصل إلا أن له أن يجعله لغيره بحق الوكالة وغير ذلك وهذا جعله لغيره فينقصد موقوفاً على إجازته » .

(٣) وجاء في المرجع المذكور ج ٥ ص ١٥٠ - ١٥١ : « ولو قال الفضولي للبائع اشتريت منك هذا العبد بكذا لأجل فلان فقال بعت أو قال البائع لفضولى بعت منك » .

أما في الصورة الرابعة فهناك خلاف في المذهب : رأى يقول بالبطلان لعدم التوافق بين الإيجاب والقبول ، ورأى يقول بانهقاده ، موقوفاً على إجازة الغير الذي أضيف إليه . والصحيح هو الرأى الأول لأنه لا بد من توافق الإيجاب والقبول . ثم إن تصرف الفضولى بالشراء هنا لا يتوقف إلا إذا كانت الإضافة من الجانبين فلا يكفي صدورهما من جانب واحد . هذا هو رأى الحنفية في شراء الفضولى للغير ، ويتفق معهم في الرأى الشيعة الزيدية^(١) فهم يصرحون بأنه لكي يقف التصرف على إجازة الغير في حالة شراء الفضولى لا بد من الإضافة إلى هذا الغير .

ومرجع التفرقة بين بيع الفضولى وشرائه عند الأحناف هو أن الشراء تتحقق فيه التهمة ، فقد يقوم الفضولى بالشراء لنفسه لا لغيره فينفذ التصرف عليه ، وتصرف إليه آثاره .

أما عند المالكية^(٢) والحنابلة في إحدى الروايتين في المذهب^(٣) فشراء

== هذا العبد بكذا فلان فقال اشترت لا يتوقف وينفذ الشراء عليه لأنه لم توجد الإضافة إلى فلان في الإيجاب والقبول لما حدثت في أحدهما ، وأحدهما شرط العقد فلا يتوقف لأن الأصل أن لا يتوقف ، وإنما توقف لضرورة الإضافة من الجانبين فإذا لم يوجد يجب العمل بالأصل وهذا بخلاف الوكيل بالشراء إذا اشترى شيئاً يقع شراؤه للموكل وإن أضاف العقد إلى نفسه لا إلى الموكل لأنه لما أمره بالشراء فقد أنابه مناب نفسه فكان تصرف الوكيل كتصرفه بنفسه ولو اشترى بنفسه كان المشتري له كذا هذا ... » .

(١) جاء في كتاب المنتزع المختار ج ٣ ص ٤٢ في فقه الشيعة الزيدية : « ولو قصد البائع الفضولى في بيع مال الغير أن لا يبيع عن الغير بل عن نفسه لنفسه وأجازة المالك انعقد البيع وكان الثمن للمالك والبائع في ذلك يخالف المشتري فإن المشتري لا بد له من الإضافة إلى الغير انظراً أو نية فإن لم يصف لزمه المبيع لنفسه لأن حكم البائع والمشتري يختلف ولا بد للمشتري من الإضافة بالقول » .

(٢) جاء في مواهب الجليل للحطاب ج ٤ ص ٢٧٢ : « لم يذكر المصنف حكم شراء الفضولى وحكمه كبيع » . وجاء في شرح عبد الباقي الزرقاني على مختصر خليل ج ٥ ص ١٩ : « وملك غيره على رضاه ولو علم المشتري بأنه فضولى . . . وذكر المصنف بيعه ولم يذكر ابتياعه مع أن حكمهما واحد » . وانظر أيضاً حاشية المدوى على الحرشى ج ٥ ص ١٨ .

(٣) انظر في هذا المعنى لابن قدامة ج ٤ ص ٢٠٥ - ٢٠٦ .

الفضولي كبيعته ينعقد موقوفاً على الإجازة سواء أضيف العقد إلى الغير أو أضيف إلى الفضولي نفسه ، فلا يلزم عندهما أن يسند التصرف إلى الغير لكي لا ينفذ عليه على ما رأينا في المذهب الحنفي .

وفي الرواية الأخرى في المذهب الحنبلي ينعقد تصرف الفضولي بالشراء للغير باطلاً ، إلا إن اشترى في الذمة ونوى الشراء لشخص لم يسمه فيصح ، فإذا أجازته من اشترى له مملكته من حين الشراء لأنه اشترى لأجله فأنشبه ما لو كان يأذنه فتسكون منافعه ونماؤه له ، وإن لم يجره من اشترى له وقع الشراء للشترى ولزمه حكمه^(١) .

وإلى ما ذهب إليه المالكية والحنابلة في إحدى الروايتين عندهم جنح الشافعية في المذهب القديم ، فقالوا إن شراء الفضولي كبيعته ينعقد موقوفاً على الإجازة . أما على المذهب الجديد فإن شراء الفضولي إذا ورد على عين يملكها الغير فإن التصرف ينعقد باطلاً ، وإذا ورد التصرف على الذمة وكان للبائش أهلية التصرف ونوى إجراء التصرف لحساب الغير فإن التصرف ينفذ عليه على المذهب الجديد ، ويقف على الإجازة على المذهب القديم^(٢) ، وبالقول

(١) جاء في شرح منتهى الإرادات ج ٢ ص ١٤٤ : « لا يصح تصرف الفضولي ... إلا إن اشترى الفضولي في ذمته ونوى الشراء لشخص لم يسمه فيصح ... لأن ذمته قابلة للتصرف ... ثم إن أجازته من اشترى له مملكته من حين اشترى له لأنه اشترى لأجله أشبه ما لو كان يأذنه فتسكون منافعه ونماؤه له وإن لم يجره من اشترى له وقع الشراء للمشتري ولزمه حكمه ، كما لو لم ينو غيره وليس له التصرف فيه قبل عرضه على المشتري » .

(٢) جاء في المجموع شرح المذهب ج ٩ ص ٢٦٠ : « قال أصحابنا فإذا اشترى الفضولي غيره نظر إن اشترى به مال ذلك الغير ففيه هذان القولان : الجديد بطلانه ، والقديم وقفه على الإجازة ، وإن اشترى في الذمة نظر وإن أطلق لفظ العقد ونوى كونه للغير فعلى الجديد يقر للبائش وعلى القديم يقف على الإجازة » .

وانظر أيضاً مفتي المحتاج ج ٢ ص ١٥ ، ومثل الهجة لابن الوردي وشرح الشيخ زكريا الأنصاري عليها ج ٢ ص ٤٠٦ طبع المطبعة الميمنية بمصر .

ببطلان شراء الفضولى للغير قال الظاهرية^(١) .

ونحن نخلص بما تقدم أن في شراء الفضولى للغير آراء ثلاثة :

الرأى الأول : ويقول بالوقف مطلقاً وهو رأى المالكية والحنابلة في إحدى الروايتين في المذهب ، والشافعية في المذهب القديم .

الرأى الثانى : ويقول بالبطلان : وهو رأى الشافعية في المذهب الجديد ، والحنابلة في الرواية الأخرى في المذهب وكذا عند الظاهرية .

الرأى الثالث : ويقول بالتفصيل وهو رأى الحنفية والشيعة الزيدية ، فشراء الفضولى للغير يتوقف إذا أضيف الشراء إلى الغير وكانت الإضافة في الإيجاب والقبول ، وينفذ على الفضولى إن لم يصفه إلى الغير أو أضافه إلى نفسه .

أدلة الرأى الأول

استدل هذا الفريق من الفقهاء بالنص وبالمعقول .

النص :

(١) من الكتاب : قال تعالى : « يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم »^(٢) . فالتة سبحانه شرع البيع والشراء والإجارة وغيرها وهى جميعها تدخل في مفهوم كلمة التجارة

(١) جاء في المحلى لابن حزم ج ٨ ص ٤٣٤ مسألة رقم ١٤٦٠ : « فإن اشترى له دون أمره فالعراء للمشتري ولا يكون للذى اشتراه له أراد كونه له أو لم يرد إلا بائناً عقد شراء مم الذى اشترى له » .

(٢) سورة النساء : آية ٢٩ ج ٥ .

الواردة في الآية من غير فصل بين ما إذا كان التصرف نافذاً أو موقوفاً
فيجب العمل بإطلاقها إلا ما خص بدليل .

(ب) من السنة : قال الكرخي : حدثنا إبراهيم بن موسى الجوزي قال
حدثنا الحسن بن القزاز قال حدثنا سفيان عن شبيب بن غرقدة حدثنا الحى
عن عروة البارقي أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطاه ديناراً ليشتري به
أضحية فاشترى شاتين فباع إحداهما بدينار وجاء بشاة ودينار فدعا له النبي
صلى الله عليه وسلم في بيعه بالبركة فكان لو اشترى تراباً ربح فيه ،^(١) .
فهذا الحديث صريح في إجازة بيع الفضولى وأن بيعه موقوف على إجازة
صاحب الشأن ، والشراء كالبيع فيه مبادلة مال بمال ، وبما أن البيع من
الفضولى يتوقف على الإجازة كما هو عبارة نص الحديث فيجوز الشراء
ويتوقف على إجازة صاحب الشأن بطريق دلالة النص .

٢ — المفعول :

قالوا إن هذا التصرف لم يبلغ حكمه بل يتأخر إلى إجازة صاحب الحق
فالشراء للغير موقوف على إجازة هذا الغير فإن أجازته نفذ وإلا بطل . وهذه
الصفة موجودة في تصرفات يصححها الخصوم كالوصية من المدين بدين
مستغرق والوصية بأكثر من الثلث فإنها موقوفة على إجازة المستحق .
كما أن انعدام الحكم في الحال وتأخيرها إلى حين صدور الإجازة إنما هو
لدفع الضرر عن الغير فإن شاء أجاز وإن شاء رفض .

(١) انظر في تخرج الحديث نصب الراية ج ٤ ص ٩٠ - ٩١ وقد سبق أن انتهينا إلى
صحة الاستدلال بهذا الحديث في الباب الأول تحت عنوان : « أدلة الغائبين بالوقف » .

أدلة الرأي الثاني

استدلوا على القول بالبطلان بالنص وبالمعقول :

أولو — النص :

(١) من الكتاب :

قال تعالى : « ولا تكسب كل نفس إلا عليها »^(١) . ووجه الاستدلال من هذه الآية أن الفضولي إذا اشترى للغير بدون أمره فإن الشيء الذي اشتراه يكون له لا للغير الذي اشتراه له سواء أكان في ذلك قد قصد الشراء لهذا الغير أم لا ، ولا يقع الشراء لهذا الغير إلا بعقد جديد بينهما^(٢) .

ويناقش هذا بأن تصرف الإنسان وإن كان له بحسب الأصل إلا أن له أن يجعله لغيره كالفضولي الذي ينعقد تصرفه موقوفاً على إجازة الغير .

(ب) من السنة :

قال صلى الله عليه وسلم : « من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رده »^(٣) .
فعمل الفضولي كشرائه للغير ليس عملاً مشروعاً فيجب رده^(٤) .

ويناقش هذا بأن عمل الفضولي غير مردود لأن الرسول صلى الله عليه وسلم في حديث حكيم بن حزام الذي انتبهنا إلى صحة الاستدلال به قد أقر عروة البارقي على ما فعل وأجاز تصرفه ومن ثم فإنه يسقط استدلالهم بهذا الحديث .

(١) سورة الأنعام : آية ١٦٤ ج ٨ .

(٢) انظر المحلى لابن حزم ج ٨ ص ٤٣٤ مسألة رقم ١٤٦٠ .

(٣) روته السيدة عائشة رضی الله عنها عن النبي صلى الله عليه وسلم بسند صحيح (انظر في هذا الجامع الصغير في الحديث للسيوطي الشافعي ج ٢ ص ٥٣٩ مطبعة مصطفى محمد بمصر) .

(٤) المحلى لابن حزم ج ٨ ص ٤٣٤ مسألة رقم ١٤٦٠ .

ثانياً — المفقول :

قالوا إن أساس الانعقاد هو الولاية الشرعية على العقد ، فالولاية كالأهلية شرط لصلاحيّة العبارة لعقد من العقود ، ولا ولاية إلا بأن يكون العاقد المشتري ذا شأن في العقد بأن تكون له ولاية أو وكالة عن صاحب الشأن المشتري له ^(١) . ويمكن الرد على ذلك بأن الولاية شرط من شروط النفاذ لا من شروط الانعقاد ، فإذا لم يجز المشتري له شراء الفضولي فلا ينفذ التصرف وإذا أجازته نفذ فهو وشأنه .

أدلة الرأي الثالث

استدلوا على القول بنفاذ تصرف الفضولي بالشراء عليه إذا أضاف التصرف إلى نفسه بقوله تعالى : « لها ما كسبت وعليها ما اكتسبت » ^(٢) . وقوله جل شأنه : « وأن ليس للإنسان إلا ما سعى » ^(٣) . ووجه الاستدلال من هذين النصين أن تصرف الإنسان في الأصل يعتبر له لا لغيره فشراء الفضولي يعتبر كسبه حقيقة فإذا وجد نفاذاً عليه ينفذ ، ولا يتوقف ، لأن الأصل أن يكون له لا لغيره .

كما استدلوا على القول بتوقف شراء الفضولي على إجازة الغير إذا أضيف العقد إلى هذا الغير في الإيجاب والقبول بما يأتي :

١ — تصرف الإنسان وإن كان له بحسب الأصل ، إلا أن له أن يجعله لغيره كما في الوكالة وتصرف الوكيل مشروع .

٢ — تصرف الفضولي بالشراء مادام انعقاده موقوفاً على إجازة الغير

(١) انظر المجموع في فقه الشافعية ج ٩ ص ٢٥٩ .

(٢) سورة البقرة آية ٢٨٦ ج ٣ .

(٣) سورة النجم آية ٣٩ ج ٢٧ .

فلا ضير في ذلك ، فإن شاء أجازته ، وإن شاء أبطله فالأمر موكل إليه في النهاية^(١) .

وبالنظر في هذه الآراء الثلاثة ، وما ورد على أدلتها من مناقشات فإننا نرجح الرأي الأول القائل بالوقف مطلقاً لسلامة أدلته في جملتها .

مقارنة أحكام الشريعة بالقانون

: في نفاذ تصرف العاقد بالشراء عليه

إذا رجعنا إلى المبادئ العامة في القانون المدني نجد أن الفقهاء يميزون في تصرفات العاقد عموماً سواء أكانت بالبيع أم بالشراء أم بغيرها من التصرفات بين حالتين :

الحالة الأولى : كون العاقد يتعاقد باسمه :

إذا لم يعلن العاقد وقت إبرام العقد لمن يتعاقد معه أنه يتعاقد بصفته نائباً فإن أثر العقد لا يضاف إلى الغير الذي أبرم العقد لأجله ، إلا إذا كان من المفروض حتماً أن المتعاقد الآخر كان يعلم بوجود النيابة أو كان يستوى عنده أن يتعامل مع الأصيل أو النائب . كما تصرح بذلك المادة ١٠٦ من التقنين المدني المصري الحالي .

فالعاقد الذي يعمل لحساب الغير ولكنه يتعاقد باسمه الخاص يلتزم شخصياً بتنفيذ العقد في مواجهة من تعاقد معه ، وفي هذا يتفق الفقه القانوني مع الفقه الإسلامي .

(١) البدائع للكاساني ج ٥ ص ١٥٠ - ١٥١ .

المادة الثانية : العاقد يتعاقد باسم الغير :

إذا كان التعاقد باسم الغير ، ولم يكن المتصرف نائباً عن الغير أو كان نائباً عنه ، ولكنه تجاوز حدود نيابته فإن الفقه القانوني يفرق بين حالتين^(١) :

١ — أن يكون الغير عالماً بانتفاء صفة النيابة عن الشخص الذي تعاقد معه ، وفي هذه الحالة لا محل لترتيب أية مسئولية على العاقد . ولا ضرورة في هذه الصورة لحماية المتعاقد الآخر . وقد كانت المادة ٥٢٣ من التقنين المدني المصري القديم تنص على أن : « الوكيل الذي يعمل عملاً على ذمة موكله بدون أن يخبر بتوكيله يكون هو المسئول لدى من عامله » . وتنص المادة ٥٢٤ من ذات القانون على ما يأتي : « أما إذا أخبر أن عمله للوكل وعلى ذمته فلا يترتب عليه إلزام غير لإثبات التوكيل ولا يكون مسئولاً أيضاً عن تجاوز حدود ما وكل فيه إذا أعلم من يعامله بسعة وكالته » .

وقد صدر القانون المدني المصري الحالي خلواً من نص مقابل غير أنه لا يجب أن يستنتج من ذلك قصد المشرع إلى الخروج عن هذه الأحكام .

٢ — أن يكون هذا الغير جاهلاً بانتفاء صفة النيابة بالدسبة لمن تعاقد معه ، وفي هذه الحالة لا محل أيضاً لأن ينفذ العقد على المتعاقد فمؤدى نظام النيابة أن النائب وإن كان له الدور الأول في إبرام التصرف القانوني إلا أنه بعيد كل البعد عن آثاره ، فإذا امتنع انصراف هذه الآثار إلى الأصل بسبب انتفاء صفة النائب فلا يكون مؤدى ذلك انصراف تلك الآثار إلى النائب نفسه لأن هذا الأخير لم يكن يتعاقد باسمه ، ولم تتجه إرادته إلى التصرف

(١) النيابة في التصرفات القانونية للدكتور جلال مهسي بدر ص ١٣١ (رسالة دكتوراه من جامعة الإسكندرية ١٩٥٣ م) .

لحسابه (١) . وعلى هذا فإذا ترتبت مسؤولية على المتعاقد بسبب عدم نفاذ العقد فإنها لا يمكن أن تستند إلى العقد المبرم بينهما إذ أن هذا العقد لا يكون منشأً لآثاره في ذمة النائب .

ولكن المتعاقد إن لم يسأل عن عدم نفاذ العقد في حق الغير مسؤولية عقدية ، فإنه يمكن أن يسأل عن ذلك مسؤولية تقصيرية فيلتزم بتعويض الطرف الآخر في العقد على أساس الخطأ الذي وقع فيه بإخفائه عن المتعاقد معه حقيقة اتساع نيابته (٢) .

ونحن نخلص من ذلك أن الفقه القانوني يتفق مع الفقه الإسلامي في القول بعدم تنفيذ العقد على من يتعاقد باسم الغير دون أن يكون نائباً كالفضولي ، ولكنه يختلف عنه في أنه يجعل المتعاقد مسؤولاً عن عدم نفاذ العقد على من عقد باسمه ، ويلزمه بتعويض الضرر الذي أصاب الطرف الآخر من جراء عدم نفاذ العقد (٣) .

المبحث الثالث

إجارة ملك الغير

المطلب الأول

إجارة ملك الغير في الشريعة

الإجارة لغة الكراء ، يقال أجزت الدار فأنا مؤجر ، ويقال أجرته

(١) المرجع السابق ص ١٣١ .

(٢) للمرجع السابق ص ١٣٢ .

(٣) انظر في هذا العقود المسماة للدكتور محمد كامل مرسي ص ٣٠٤ في الكفالة والوكالة

هامش ١ ، ص ٢٧٠ هامش ٢ .

مؤاجرة مثل عاملته معاملة ، ويستعمل الأجر بمعنى الإجارة ، وبمعنى الأجرة (١).

وفي الاصطلاح الإجارة تمليك المنافع بعوض أو هي بيع المنفعة، وهي جارية على خلاف القياس لأن المعقود عليه فيها المنفعة وهي معدومة وقت العقد ، وإضافة التمليك إلى ما سيوجد لا يصح ضرورة إذ المعدوم لا يعتبر محلاً للعقد لأنه ليس بشيء فيستحيل وصفه بأنه معقود عليه ، ولا يمكن جعل العقد مضافاً إلى زمن الوجود لأن المعاوضات لا تحتل الإضافة كالبيع ومع مخالفة الإجارة للقياس أجازتها الشريعة الغراء استحساناً لحاجة الناس إليها (٢).

والإجارة كالبيع يشترط فيها أن يملك العاقد محل العقد أو يكون له الولاية عليه فإذا صدرت من الفضولي كأن يؤجر عيناً لا يملكها أو أن يؤجر المالك ماسبق له تأجيرها لأنه في الصورة الأخيرة يتصرف في المنفعة وهو لا يملكها . فإنها تنعقد موقوفة لحظ مالك المنفعة فإن أجاز الإجارة جازت ووجب له الأجرة وإن ردها بطلت .

وقد نصت على ذلك المادة ٧٢٣ من مجلة الأحكام العدلية فقالت : « يشترط لنفاذ الإيجار كون العاقدین عاقلين غير محجور عليهما وكون المؤجر مالكا لما يؤجره أو وكيلاً للمالك أو ولياً عليه » . ونصت المادة ٧٢٥ على أنه : « تنعقد إجارة الفضولي موقوفة على إجازة المالك فإن كان هذا صغيراً

(١) جاء في المصباح المنير ج ١ ص ٦ - ٧ الطبعة السادسة ١٩٢٥ م الأميرية (الألف مع الجيم وما يثنيها) : « أجره الله أجرأ من باب قتل . . وأجره . . إذا أنابه وأجرت الدار والعبد . . فأنا مؤجر ولا يقال مؤاجر ، وأجرته مؤجرة عاملته معاملة . . والأجرة الكراء . ويستعمل الأجر بمعنى الإجارة وبمعنى الأجرة وجمعه أجور » .

(٢) جاء في البدائع للكاساني ج ٤ ص ١٧٣ : « الإجارة بيع المنفعة والمنافع للحال معدومة والمعدوم لا يحتمل البيع فلا يجوز إضافة البيع إلى ما يؤخذ في المستقبل كإضافة البيع إلى أعيان تؤخذ في المستقبل فإذا لا سبيل إلى تجويزها لا باعتبار الحال ولا باعتبار المآل فلا جواز لها رأساً لكننا استحسنا الجواز » .

أو محجوراً أو كانت الأجرة ليس فيها ثمن، فاحش أن عقدت إجارة الفضولي موقوفة على إجازة الولي .

كما نصت المادة ٥٧٩ من مرشد الخيران على أنه : « يشترط لانعقاد الإجازة أهلية العاقدین بأن يكون كل منهما عاقلاً عيماً ويشترط لنفاذها كون العاقدین عاقلين غير محجورين ، وكون المؤجر مالكا لما يؤجره أو وكيله أو وليه أو وصيه . »

ولم هذا الحد فلا خلاف بين عقد الإجازة وأى عقد آخر موقوف كالبيع ، وما سبق إنما يتم حيث لم تستوف المنفعة .

أما إن استوفيت أو استوفى بعضها فإن الإجازة لا تلحق العقد في حق ما استوفى من المنافع ، ويبان ذلك أن المنفعة في الإجازة كالعين في البيع ، وهلاك العين في البيع يمنع الإجازة ويبطل به العقد الموقوف فكذلك يكون الأمر في هلاك المنفعة . فالإجازة عقد من العقود التي يتجدد انعقادها بحسب ما يحدث من المنافع ، فما استوفى من المنفعة بمنزلة عقد انتهى فلا تلحقه الإجازة لأن الإجازة لا تلحق إلا العقد الموجود (١) .

(١) جاء في البدائم للسكاساني ج ٤ ص ١٧٦ : (كتاب الإجازة) : « وأما شرائط النفاذ فأنواع : ... منها الملك والولاية فلا تنفذ إجازة الفضولي لعدم الملك والولاية لكنه يعقد موقفاً على إجازة المالك عندنا خلافاً للشافعي كالبيع والمسألة ذكرناها في كتاب البيوع ثم الإجازة إنما تلحق الإجازة الموقوفة بشرائط ذكرناها في البيوع منها قيام العقود عليه وعلى هذا يخرج ما إذا أجر الفضولي فأجاز المالك العقد أنه لو أجاز قبل استيفاء المنفعة جازت وكانت الأجرة للمالك لأن العقود عليه ما فات ، ألا ترى أنه لو عقد عليه ابتداء بأمره جاز فإذا كان محلاً لإنشاء العقد عليه كان محلاً للإجازة إذ الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة ، وإن أجاز بعد استيفاء المنفعة لم تجز إجازته وكانت الأجرة للعاقد لأن النافع العقود عليها قد انقضت ألا ترى أنها قد خرجت عن احتمال إنشاء العقد عليها فلا تلحقها الإجازة . »

وانظر أيضاً تحفة الفقهاء ج ٢ ص ٥٣٦ - ٥٣٧ لعلاء الدين السمرقندي تحقيق وتعليق الدكتور محمد زكي عبد البر . وانظر جنة الأحكام للسمرقندي سعيد بن علي مخطوط رقم ٣٤ . بدار الكتب المصرية . والفتاوى الهندية ج ٢ ص ٤٢٣ . وفتاوى قاضيخان ج ٢ ص ٣١٠ - ٣١١ .

وهذا التصوير هو الذى يفسر أن المجيز يمكنه أن يجيز الإجارة بعد استيفاء بعض المنفعة فتقع إجازته على العقد المتجدد فينفذ لحسابه .

وذهب المالكية^(١) إلى أن إجارة الفضولى تنعقد موقوفة على الإجارة من يملك المنفعة فإذا أجازها مضى العقد وكانت له الأجرة سواء استوفيت المنفعة أم لم تستوف ، فهم لم يفرقوا بين ما إذا كانت المنفعة قد استوفيت فلا تصح الإجارة وبين ما إذا كانت لم تستوف فتصح كما فعل الحنفية .

وإجارة الفضولى فى المذهبين الشافعى والحنبل لا تختلف عن بيعه . وقد سبق أن بينا رأيهم فى حكمه . ونحن نكتفى بما سبق أن قلناه عند الكلام عن بيع الفضولى لمال الغير .

ومن ثم فإننا نخلص إلى أن هناك ثلاثة آراء فى شأن حكم إجارة الفضولى لمال الغير :

١ — رأى يقول بالوقف مطلقاً وإلى هذا جنح المالكية والشافعية فى المذهب القديم والحنابلة فى إحدى الروايتين فى المذهب .

٢ — رأى يقول بالبطلان وإلى هذا ذهب الشافعية فى المذهب الجديد والحنابلة فى إحدى الروايتين فى المذهب .

٣ — رأى يقول بالتفصيل بين ما إذا كانت المنفعة قائمة لم تستوف ، وبين ما إذا كانت قد استوفيت أو استوفى بعضها وإلى هذا ذهب الحنفية .

(١) جاء فى المدونة الكبرى ج ١٤ ص ٨٢ : « قلت أوديت إن أكرت الدار سنة بمائة دينار ولم أقبض الكراء حتى سكن المتكأرى نصف سنة ثم استحق رجل الدار أن يكون كراء المهور الماضية فى قول مالك ؟ قال للمكأرى الذى استحق الدار من يديه ، والذى استحق الدار أن يخرج به وينقض الكراء ، فإن أحب الذى استحق الدار أن يعطى الكراء أمضاه ، ولم يكن للمتكأرى أن ينقض الكراء وإن رضى لمضاه ذلك الكراء مستحق الدار قلت ولم يكن للمتكأرى أن ينقض الكراء وهو يقول إنما كانت عهدي على الأول فلا أرضى أن تكون عهدي عليك أيها المستحق (قال) يقال له ليس ذلك لك ولا ضرر عليك فى عهديك أسكن فإن انهضمت الدار وجاء أمر لا تستطيع السكنى معه من هدم الدار أو ما أشبهه فأدمن الكراء بقدر ما سكنت واخرج » .

أدلة الرأى الأول

أدلة هؤلاء الفقهاء سبق أن أوضحناها عند الكلام عن مكانة العقد الموقوف بين العقود الصحيحة وغير الصحيحة فنحيل إليها^(١).

أدلة الرأى الثانى

الإجارة كالبيع إذا صدرت من الفضولى فإنها تعتبر باطلة لأن الولاية عندهم شرط فى الانعقاد لا فى النفاذ وقد سبق أن بينا هذه الأدلة تفصيلا وناقشناها فنحيل إليها^(٢).

أدلة الرأى الثالث

ذهب الحنفية إلى التفصيل الآتى :

١- إذا كانت المنفعة قائمة لم تستوف فإن الإجارة تتوقف على إجازة هذا الغير إذا كانت قد أضيفت إليه كما فى الشراء .

وقالوا فى بيان ذلك - استدلالا لرأيهم - إنه يشترط لورود الإجازة على التصرف الموقوف بقاء العاقدین والمعقود عليه والمجيز^(٣) وقت نشوء العقد ووقت الإجازة ، لأن لها تارة حكم الاستناد وتارة حكم الإنشاء^(٤) . إما أن لها حكم الاستناد فيشترط وجود هذه الشروط عند العقد ، وإما أن

(١) انظر فى هذا الباب الأول من هذه الرسالة تحت عنوان : « أدلة القائلين بالوقف » .

(٢) الموضوع السابق من الرسالة تحت عنوان : « أدلة القائلين بالبطان » .

(٣) جاء فى الهداية ج ٥ س ٣١١ : « الإجازة تصرف فى العقد فلا بد من قيامه بقيام

العاقدین والمعقود عليه » .

(٤) البدائع ج ٥ س ٢٦٤ .

لها حكم الإنشاء فيشترط وجودها عند الإجازة ، فإذا هلك العين أو استوفيت المنفعة في الإجازة قبل الإجازة بطل العقد ولا تلحقه الإجازة . كما أن إجازة العقد قبل الاستيفاء بمنزلة ابتداء العقد . وكذلك فإنهم يشترطون أن يضاف الاستئجار إلى الغير حتى يتوقف على إجازته كما في الشراء (١) . وقد سبق أن أوضحنا ذلك وأدلته تفصيلاً عند الكلام على شراء الفضولي .

٢ — إذا لم تكن المنفعة قائمة بأن تكون قد استوفيت كلها أو بعضها فإن الإجازة لا تلحق العقد في حق ما استوفى من المنافع ، والدليل على ذلك أن المنفعة في الإجازة كالعين في البيع ، وهلاك العين في البيع يمنع ورود الإجازة ، ويبطل به العقد الموقوف فكذلك يكون الأمر في هلاك المنفعة ، فالإجازة عقد من العقود التي يتجدد انعقادها بحسب ما يحدث من المنافع فما استوفى من المنفعة بمنزلة عقد انتهى فلا تلحقه الإجازة لأن الإجازة لا تلحق إلا العقد الموجود (٢) .

وبالنظر في أدلة الفقهاء فإننا نرجح الرأي القائل بوقف نفاذ الإجازة على إجازة مالك المنفعة ، لأن الضرر يتحقق في القول بنفاذها دون توقف على إجازته ، ولا يتحقق من جراء الوقف ضرر .

(١) جاء في البدائم ج ٤ ص ١٧٧ : « وأما الاستئجار من الفضولي فهو كشرائه فإنه أضاف العقد إلى نفسه كإنه المستأجر له لأن العقد وجد نفاذاً على العاقد فينفذ عليه ، وإن أضاف العقد إلى من استأجر له ينظر إن وقعت الإضافة إليه في الإيجاب والقبول جميعاً يتوقف على إجازته . وإن وقعت الإضافة إليه في أحدهما دون الآخر لا يتوقف بل ينفذ على العاقد لما ذكرنا في البيوع بخلاف الوكيل بالاستئجار فإنه يقع استئجاره للموكل وإن أضاف العقد إلى نفسه ، وعلى هذا تخرج إجازة الوكيل لأنها نافذة لوجود الولاية بإناية المالك إياه مناب نفسه فينفذ كالموكل بنفسه » .

(٢) جاء في البدائم ج ٤ ص ١٧٧ : « وإن أجاز بعد استيفاء المنفعة لم تجز إجازته وكانت الأجرة للعاقد لأن المنافع العقود عليها قد انقضت ألا ترى أنها قد خرجت عن احتمال إنشاء العقد عليها فلا تلحقها الإجازة .. » .

المطلب الثاني

إجارة ملك الغير في القانون

إذا لم يكن المؤجر مالكا للعين المؤجرة فإن الإيجار ينعقد صحيحاً فيما بينه وبين المستأجر، ولكنه لا يسرى في مواجهة المالك الحقيقي لأن المالك يعتبر هنا من الغير. والأصل أن العقود لا تنفع ولا تضر غير عاقدتها وخلفائهم وما دام أن الإيجار لا يسرى في مواجهة المالك فإن لهذا الأخير أن يسترد العين من المستأجر إذا كان قد تسلمها، وذلك في أى وقت يشاء ويحق للمالك أيضاً أن يطالب المؤجر بما أخذه من غلة العين حتى لا يثرى على حسابه بدون وجه حق ما لم يكن هذا الأخير حائراً للشيء بحسن نية (م ٩٧٨ من التقنين المدني المصري الحالي) ^(١)

وللمالك الحقيقي أن يقر الإيجار الصادر من غيره فيجعله نافذاً في حقه ويتوقف تحديد الوقت الذي يلتج فيه الإقرار أثره على قصد المقر، فقد يقصد أن يرتب أثره عليه من وقت الإقرار فقط، وقد يقصد إقرار الإيجار منذ انعقاده فيعتبر كأنه أقام المؤجر وكيلاً عنه فيحاسبه على ما قبض من أجره ^(٢).

ويمكن مقابلة بيع ملك الغير بإيجار ملك الغير: فالأثنان يتفقان في أنهما لا ينفذان أو لا يسريان في حق المالك الحقيقي ولكنهما يختلفان في أن

(١) انظر في هذا الوسيط في شرح القانون المدني « الإيجار والعارية » للأستاذ الدكتور السهوري ج ٦ من ٦٧ - ٦٨ طبعة ١٩٦٣ م. وانظر عند الإيجار للأستاذ الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي من ٩٣ - ٩٤ طبعة ١٩٥٢ م، وانظر في عدم سريان إيجار ملك الغير في مواجهة المالك الحقيقي « عقد الإيجار » للأستاذ الدكتور عبد المنعم فرج الصدة من ٧٥ طبعة ١٩٥٦/٥٥ م.

(٢) انظر في هذا الإيجار والتأمين للأستاذ الدكتور عبد المنعم البدر أوى من ٢٠ طبعة ١٩٦٩ م.

الأول قابل للإبطال فيما بين البائع والمشتري ، وقد ورد في شأن بطلانه .
نصوص خاصة هي المواد من ٤٦٦ إلى ٤٦٨ من التقنين المدني المصرى
الحالى . أما الثانى فصحيح فيما بين المؤجر والمستأجر ^(١) .

ولما كانت هذه النصوص التى وردت فى شأن بطلان بيع ملك الغير
وهى نصوص استثنائية لا يجوز التوسع فيها — غير موجودة فى عقد
الإيجار فقد وجب الرجوع فى شأنه إلى القواعد العامة ، وهى تقضى بأن
إيجار ملك الغير صحيح فيما بين المؤجر والمستأجر ، وفى هذا يختلف الإيجار
عن البيع ، فالبايع لا يستطيع نقل الملكية إذا لم يكن مالكا فكان البيع
الصادر منه قابلا للإبطال . أما المؤجر فليس هناك ما يمنعه من أن يلتزم
بتسليم عين لا يملكها ^(٢) ، وليس له حق الانتفاع بها ، ومن أن يمكنه من
الانتفاع بها طول مدة الإيجار ^(٣) . والإيجار يعتبر صحيحاً غير قابل للإبطال
أو الفسخ مادام المالك الحقيقى لم يتعرض للمستأجر ، والفسخ لا يكون
إلا إذا تعرض المالك . أما فى بيع ملك الغير فإن للمشتري أن يطلب الإبطال
لا الفسخ وذلك قبل أن يتعرض له المالك الحقيقى .

ونحن نرى أنه ليس ثمة ما يمنع من الأخذ بما ورد فى فقه الشريعة
الإسلامية فى هذا الخصوص ، واعتبار إجارة ملك الغير موقوفة على الإجازة ،
طالما لا يوجد فى القانون نص فى شأنها ، وذلك وفقاً لما تقضى به المادة الأولى

(١) انظر فى هذا شرح أحكام الإيجار للدكتور محمد لبيب شنب ص ١٦٧ طبعة

١٩٦٤ م .

(٢) فليس من شأن الإيجار أن ينشئ للمستأجر حقاً عذياً على العين المؤجرة ، وإنما
مجرد حق شخصى قبل المؤجر فى أن يمكنه من الانتفاع بها ، والتمكين من الانتفاع وضع فعلى .
قد يستطيع المؤجر ولو لم يكن مالكا للعين المؤجرة . أما نقل الملكية أو إنشاء الحق المبنى فهو
وضع قانونى لا يستطيعه إلا المالك .

(٣) انظر فى هذا الوسيط الأستاذ الدكتور السنهورى « الإيجار والمأجرة » ج ٦

ص ٦٧ — ٦٨ .

فقرة ثانية من هذا التقنين من أنه إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضى بمقتضى العرف فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة .

وحسناً فعل المشرع فى التقنين المدنى العراقى إذ أخذ بما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية من اعتبار إجارة ملك الغير موقوفة على إجازة المالك فنص فى المادة ٧٢٥ منه على أنه : « تنعقد إجارة الفضولى موقوفة على إجازة المالك ، فإن كان هذا صغيراً أو محجوراً وكانت الإجارة ليس فيها غبن فاحش انعقدت إجارة الفضولى موقوفة على إجازة الولى » .

الفصل الثاني

محل العقد الموقوف من التبرعات

عمريد :

قد يكون محل العقد الموقوف تصرفاً من التصرفات التي تعتبر على سبيل التبرع كالهبة والوقف والوصية ، فهذه التصرفات يرد عليها الوقف على الإجازة ، كما يرد على التصرفات التي تتم بعوض ، فإذا وهب شخص مال غيره أو وقفه أو وصى به دون أن تكون له ولاية شرعية توقف نفاذ هذا التصرف على إجازة ذلك الغير فإن أجازته نفذ وإلا بطل وذلك عند من يقول بفكرة العقد الموقوف من الفقهاء ونبين ذلك فيما يلي :

المبحث الأول

هبة ملك الغير

المطلب الأول

هبة ملك الغير في الشريعة

الهبة في اللغة الإعطاء بدون عوض^(١) سواء أكان مالا أو غير مال . قال تعالى : « هب لي من لدنك ولياً »^(٢) . وقال جل شأنه : « هب لمن

(١) جاء في المصباح المنير ج ٢ ص ١٥٠ (الواو مع الهاء وما يثقلها) : « وهبت لزيد مالا أهبه له هبة أعطيه بلا عوض ... » وفي التزويل : « هب لمن يشاء إنائاً وهب لمن يشاء الذكور » .
(٢) سورة مريم : آية ٥ ج ١٦ .

يشاء إناثاً ويهب لمن يشاء الذكور» (١)

وفي الاصطلاح :

- ١ - عرفها الحنفية بأنها « تملك المال بدون عوض أو بعوض » (٢) .
- ٢ - وعرفها المالكية بأنها : « تملك بلا عوض ، وخرج بلا عوض هبة الثواب » (٣) .
- ٣ - وعرفها الشافعية بأنها : « التملك بلا عوض » (٤) .
- ٤ - وعرفها الحنابلة بأنها : « تملك في الحياة بغير عوض » (٥) .

ونحن نلاحظ أن التعريفات التي تقصر الهبة على أنها إعطاء المال بدون عوض تعريفات غير جامعة ، فالهبة قد تكون بدون عوض وقد تكون بعوض ، وفي الحالة الأخيرة تعتبر الهبة في تصويرها هبة ابتداءً وبيعاً انتهاءً .

ولهذا كان التعريف الجامع هو أن الهبة إعطاء المال بدون عوض أو بعوض . وإلى هذا جنح صاحب مرشد الخير إن فنصت المادة ٧٧ منه على أن : « الهبة تملك العين بلا عوض وقد تكون بعوض » .

وقد يوجه إلى هذا التعريف بأن العوض ليس ركناً من أركان الماهية بل هو شرط ، والشرط خارج عن الماهية ، وبناء على هذا يكون تعريف الهبة

(١) سورة الشورى آية : ٤٩ ج ٢٥ .

(٢) تسكلة فتح القدير ج ٧ ص ١١٣ .

(٣) جاء في المرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٩٠ الطبعة الثانية ١٣٠٩ هـ .

« الهبة تملك بلا عوض أي تملك ذات . وأما تملك المنفعة فإما وقف وإما عارية وخرج بلا عوض هبة الثواب » . وفي نفس المرجع ص ١٠٦ « وجاز للواهب شرط الثواب أي العوض على هبة الثواب نحو وهبتك هذا بمائة أو على أن تقييني ولزم الثواب بتعيينه لأن قبل الواهب له فيلزمه دفع ما عين ، وأما عقد الهبة المشروط فيها الثواب فلازم للواهب بالقبض » .

(٤) انظر في فقه الشافعية معنى المحتاج ج ٢ ص ٣٩٦ .

(٥) انظر المعنى لابن قدامة ج ٥ ص ٥٩٤ .

بأنه إعطاء المال بدون عوض تعريفاً صحيحاً جامعاً لأفراد المعرف مانعاً من دخول الغير فإن قيل هذا اصطلاحهم ولا مشاحة في الاصطلاح قلنا ينتج من هذا أن الدليل غير ملزم لنا .

وركن الهبة هو الإيجاب من الواهب فأما القبول من الموهوب له فليس بركن استحساناً ، والقياس أن يكون ركناً وهو قول زفر .

وجه القياس أن الهبة تصرف شرعي ، والتصرف الشرعي يكون وجوده شرعاً باعتباره في حق الحكم ، والحكم لا يثبت بنفس الإيجاب فلا يكون نفس الإيجاب هبة شرعاً .

وجه الاستحسان أن الهبة في اللغة عبارة عن مجرد إيجاب المالك من غير شريطة القبول وإنما القبول والقبض لثبوت حكمها لا لوجودها في نفسها ، فإذا أوجب فقد أتى بالهبة فتترتب عليها الأحكام^(١) ، والدليل على ذلك حديث الرسول صلى الله عليه وسلم « لا تجوز الهبة إلا مقبوضة »^(٢) .

ويترتب على اعتبار القبول ركناً في الهبة اعتبارها من التمليكات أما إذا لم نعتبره ركناً وأنها تتم بالإيجاب وحده فإنها تكون من الإسقاطات ، وعلى هذا فالهبة لها شبهان : شبه بالتمليكات وشبه بالإسقاطات .

ويشترط في عقد الهبة أن يكون منجزاً فلا يصح تعليقه ولا إضافته إلى الزمن المستقبل ، وإذا اقترن بشرط جاز كشرط العوض جاز .

ويشترط في الشيء الموهوب أن يكون مالا متقوماً موجوداً معلوم القدر أو معيناً ، وأن يكون مملوكاً للواهب ، فإذا لم يكن مملوكاً له فإن المتصرف يعتبر فضولياً ينعقد تصرفه موقوفاً على الإجازة بشرط أن يكون المالك

(١) انظر البدائم للكاساني ج ٦ ص ١١٨ .

(٢) انظر السنن الكبرى للبيهقي ج ٦ ص ١٧٠ .

أهلاً للتبرع^(١) : فإذا وهب الوالد شيئاً من مال ولده الذى هو فى ولايته . كانت الهبة باطلة لا تلحقها الإجازة لأن هذا المال غير مملوك للأب ، ويستحيل تملك ما ليس بمملوك^(٢) . كما أن المالك الحقيقى وهو الصغير ليس أهلاً للتصرف ، فضلاً عن أن فى هذا التصرف ضرراً محضاً له فلا يصح . أما الهبة للصغير فهى جائزة اتفاقاً لوجود النفع المحض له إذا كانت من الأجانب . وقد نصت المادة ٨٥٧ من مجلة الأحكام العدلية على أنه : « يلزم أن يكون الموهوب مال الواهب ، فلو وهب أحد مال غيره لا يصح . وإذا أجاز المالك الهبة تصح لأن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة ، » .

ولما كانت الوكالة بالهبة تنعقد للموكل ويتعلق به حكم التصرف وحقوقه ، فكذلك هبة الفضولى لمال الغير إذا أجزت فإن الفضولى يكون معبراً كالسفير والرسول فلا تتعلق به حقوق العقد . ولا يكون له بالتالى حق فسخ التصرف مادام تنفيذه لا يلزمه بشىء من الحقوق .

هذا هو رأى الحنفية فى هبة ملك الغير تنعقد موقوفة على إجازة المالك . أو من له الحق فى الإجازة شرعاً .

وإلى هذا رأى جنح الشافعية فى المذهب القديم فهم يقولون بالوقف على الإجازة فى جميع التصرفات التى تقبل النيابة كالبيع والإجارة والوقف والهبة والزواج والطلاق^(٣) .

(١) جاء فى البدائع للسكاسانى ج ٦ ص ١١٨ : « أن يكون الموهوب مملوكاً فى نفسه فلا تجوز هبة المباحات لأن الهبة تملك وتملك ما ليس بمملوك محال ومنها أن يكون مملوكاً للواهب فلا تجوز هبة مال الغير بغير إذنه لاستحالة تملك ما ليس بمملوك » .

(٢) وفى المرجع السابق ج ٦ ص ١١٨ : « وكذا الأب لا يملك هبة مال الصغير من غير شرط العوض بلا خلاف لأن التبرع بمال الصغير قريان ماله لا على وجه الأحسن ولأنه لا يقبله نعم دنيوى ٤٠٠٠ » .

(٣) جاء فى مفتى المحتاج ج ٢ ص ١٥ : « بيع الفضولى (فى الجديد) ... باطل وكذا سائر تصرفاته القابلة للنيابة كالأول زوج أمة غيره أو ابنته أو مطلق منكوحته أو أعتق عبده » .

كما يتفق معهم في رأى المالكية على أحد الرايين في المذهب^(١)

أما عند الشافعية في المذهب الجديد ، وكذا عند المالكية في الرواية الأخرى فإن هبة ملك الغير تعتبر باطلة .

ومن ثم فإنه يتلخص لنا أن في هبة ملك الغير رأيين :

رأى يقول بالوقف وإلى هذا ذهب الحنفية والمالكية على أحد الرايين في المذهب ، وكذا الشافعية في المذهب القديم .

رأى يقول بالبطلان وإلى هذا جنح الشافعية في المذهب الجديد ، وكذا المالكية في رأى الآخر في المذهب .

= أو أجر داره أو وقفها أو وهبها أو اشترى بهن ماله لأنه ليس بمالك ولا ذلى ولا وكيل فلو عبر المصنف بالتصرف بدل البيع لشمل الصور التي ذكرتها وفي التقديم تصرفه المذكور كما رجحه المصنف موقوف . وانظر في نفس المعنى المجموع شرح المذهب ج ٩ ص ٢٥٩ - ٢٦٠ -

(١) جاء في حاشية الدسوق على الشرح الكبير ج ٤ ص ٩١ الطبعة الثانية بالمطبعة الأزهرية ١٣٠٩ هـ : « هبة الفضولى باطلة بخلاف بيعه فإنه صحيح وإن كان غير لازم فيجوز له اشتري التصرف في المبيع قبل أمضاء المالك البيع لأن صحة العقد ترتب أثره عليه من جواز التصرف في العقود عليه والفرق بين بيع الفضولى وهبته ما قاله الشارح من أن بيعه في نظير عوض بخلاف هبته ومثلها وقفه وصدقته وعتقه فتى صدر واحد من هذه الأربعة من فضولى كان باطلا ولو أجازته المالك كما ذكره المرشى في أول الوقف وهو ظاهر المصنف خليل أيضاً هنا في الهبة ، وفي الوقف حيث قال : « وصح وقف مملوك » وقال هنا : وصحت في كل مملوك فظاهره أن غير المملوك وقفه وهبته باطل ولو أجاز المالك ، وذكر بعضهم أن وقفه وهبته وصدقته وعتقه كبيعته في أن كلا صحيح غير لازم ، فإن أمضاء المالك مقبى وإن رده رد واختاره شيخنا العدوى لأن المالك إذا أجاز فعله كان ذلك الفعل في الحقيقة صادراً منه قال ويمكن حل كلام المصنف (خليل) على ذلك بأن يراد بالصحة الصحة التامة التي لا يتوقف على شيء » .

وانظر من رأى القائل بوقف التبرع ، الزرقاني ج ٦ ص ١٥٣ ، وحاشية العدوى على الخوشتي ج ٧ ص ٧٩ ، والبهجة في شرح التحفة للتسولي ج ٢ ص ٧١ ، والفروق ج ٣ ص ٦ - ٧ ، وتهذيب الفروق ج ٣ ص ٨ .

أدلة القائلين بالوقف

١ — الهبة كالبيع وبما أن بيع الفضولي موقوف فهيته كذلك . ويمكن أن يتجه على هذا القياس بأن حكم الأصل غير متفق عليه لأن من الفقهاء من يقول ببطالان بيع الفضولي ، وشرط القياس الأصولي أن يكون حكم الأصل متفقاً عليه فشرط القياس قد فات وإذا فات الشرط فات المشروط فيكون القياس غير صحيح

ثم إن هذا القياس مردود من ناحية أخرى لأنه قياس مع الفارق ، فالبيع لا يكون إلا بمبادلة مال بمال من الطرفين . وأما الهبة فقد تفقد معنى المبادلة إذا كانت بغير عوض .

٢ — هبة الفضولي لمال الغير تصرف شرعي صادر من الأهل مضاف إلى المحل فينعقد موقوفاً على إجازة صاحب الحق فإن أجازه نفذ وإلا بطل ، ومن ثم فلا ضرر من انعقادها موقوفة على الإجازة لأن الضرر يتحقق في انعقادها من الفضولي نافذة لا موقوفة .

أدلة القائلين بالبطالان

— هبة الفضولي للملك الغير لبيعه تنعقد باطلة فكما لا يصح بيع الفضولي لا تصح هبته .

ويمكن أن يتجه على هذا القياس بأن حكم الأصل غير متفق عليه فالحنفية والمالكية والحنابلة في إحدى الروايتين في المذهب والشافعية في المذهب القديم يقولون بوقف بيع الفضولي ، وبما أن الشرط غير متوفر فالمشروط لا يتوفر فلا يصح القياس .

٣ — هبة ملك الغير تعتبر صادرة ممن ليست له ولاية شرعية على

للتصرف والولاية شرط في الانعقاد لافي النفاذ ، ومن ثم فلا تصح هبته ، كما لا يصح أى تصرف آخر منه لعدم الولاية على الشيء المتصرف فيه ، ولا تتحقق له بالتالى القدرة الشرعية على إنشاء التصرف .

ويرد على ذلك بأن التصرف صادر من أهله مضاف إلى محله وإذا كان الفضولى لا ولاية له فهذا شرط لنفاذ العقد لا لانعقاده فيترتب عليه انعقاد تصرفه بالهبة ونحوها موقوفاً على الإجازة لا باطلا . ثم إن القول بالبطلان فيه إهدار للتصرف دون مقتضى . أما القول بالوقف فإنه يحقق الحماية للمتعاقدين ولصاحب الشأن الذى يوقف نفاذ التصرف على إجازته .

وبالنظر فى أدلة كل من الفريقين وما ورد عليها من مناقشات فإنه يترجح لنا دليل القائلين بالوقف لسلامة أدلته فى جملتها .

المطلب الثانى

هبة ملك الغير فى القانون

نصت على حكم هبة ملك الغير المادة ٤٩١ من التقنين المدنى المصرى الحالى فقالت : « إذا وردت الهبة على شيء معين بالذات غير مملوك للواهب سرت عليها أحكام المادتين ٤٦٦ ، ٤٦٧ ، ^(١) .

ونبين حكم هبة ملك الغير فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى المالك الحقيقى :

أولاً - حكم هبة ملك فيما بين المتعاقدين :

تعتبر هبة ملك الغير فيما بين المتعاقدين قابلة للإبطال لمصلحة الموهوب

(١) ويطلق هذا النص المادة ٤٥٩ من التقنين المدنى السورى والمادة ٤٨٠ من التقنين المدنى اليابى ، ونص المشرع فى التقنين المدنى العراقى فى المادة ١ / ٦٠٩ على أنه : « يشترط وجود الموهوب وقت الهبة ويلزم أن يكون معيناً مملوكاً للواهب » .

له ، وقد صرحت المادة ٤٩١ سالفه الذكر بأن أحكام بيع ملك الغير تسرى على هبة ملك الغير ، وحكمه كما أسلفنا أنه قابل للإبطال لمصلحة المشتري .

فإذا أجاز الموهوب له الهبة فإنها تنقلب صحيحة وليس معنى ذلك أن يترتب على الإجازة نقل ملكية الموهوب إلى الموهوب له لأن المالك الحقيقي لم يقر الهبة وهو أجنبي عنها فلا تنتقل الملكية إلا بإقراره ورضائه .

وتنقلب الهبة صحيحة أيضاً إذا آلت ملكية الموهوب إلى الواهب بعد صدور الهبة ، وفي هذه الحالة تنتقل الملكية من الواهب إلى الموهوب له ، وهذا مطابق لأحكام بيع ملك الغير (م ٤٦٧)^(١) .

ثانياً — حكم هبة ملك الغير بالنسبة إلى المالك الحقيقي :

المالك الحقيقي أجنبي عن الهبة كما يبيننا فلا تسرى في حقه ويبقى ماسكاً للشئ الموهوب ، وإنما تنتقل الملكية إلى الموهوب له من وقت الإقرار ، وتصبح الهبة صحيحة بهذا الإقرار من تاريخ صدورها دون حاجة إلى عملها من جديد^(٢) .

ويخلص مما تقدم أن المشرع في التقنين المدني المصري الحالي قد اعتبر هبة ملك الغير قابلة للإبطال لمصلحة الموهوب له إذا كانت الهبة بعوض أو كانت مقترنة بالالتزامات فرضت عليه ، وكذلك فقد جعل حكمها في نفس الوقت عدم السريان أو عدم النفاذ بالنسبة إلى المالك الحقيقي ، كما فعل في بيع ملك الغير .

ونحن نرى أن فكرة للعقد الموقوف في الشريعة الإسلامية أكثر ملاءمة لمواجهة حكم هبة ملك الغير فاطبة تبقى موقوفة بالنسبة للمتعاقدين ،

(١) انظر في هذا الوسيط للدكتور السهوري ج ٥ ص ١٢٢ .

(٢) الوسيط ج ٥ ص ١٢٣ .

وبالنسبة إلى المالك الحقيقي حتى ترد عليها الإجازة من يملكها . وطالما أن التصرف موقوف فلا ضرر على أحد .

أما حكمها في فقه القانون فهو مضطرب فهي قابلة للإبطال بالنسبة للموهوب له ، وغير سارية في حق المالك الحقيقي .

ولهذا فإن فكرة الوقف أولى بالقبول لأنها تضع حكماً واحداً للنسأ وقد سبق الإشارة إلى هذا عند الكلام عن حكم بيع ملك الغير .

المبحث الثاني

وقف ملك الغير

الوقف في اللغة الحبس^(١) .

أما في الاصطلاح فلم تتفق كلية الفقهاء على معناه :

١ — فذهب الإمام أبو حنيفة إلى أن الوقف هو حبس العين على ملك الواقف والتصدق بمنفعتها على جهة من جهات البر في الحال أو في المال^(٢) .

٢ — وعند المالكية هو حبس العين عن التصرفات التمليلية مع بقائها على ملك الواقف والتبرع اللازم بريعها على جهة من جهات البر^(٣) .

(١) جاء في المصباح المنير ج ٣ ص ٤٦٨ (الواو مع الفاف وما يثلثهما) : « وقفت الدابة وقف وقفاً ووقوفاً . سكنت ووقفت الدار حبستها في سبيل الله »

(٢) انظر في فقه الحنفية تبين الحقائق للزيلعي ج ٣ ص ٣٢٥ .

(٣) جاء في شرح الحرشي في فقه المالكية ج ٧ ص ٧٨ : « الوقف مصدر لإعطاء منفعة شيء مدة وجوده لازماً بقاؤه في ملك معطيه ولو تقديرأ » .

٣ - وذهب أبو يوسف ومحمد^(١) من الحنفية والشافعي^(٢) والحنابلة^(٣) في إحدى الروايتين عندهم إلى أن الوقف هو حبس العين على حكم ملك الله تعالى والتصدق بالمنفعة على جهة من جهات البر ابتداء أو انتهاء ، وعلى هذا نصت المادة الأولى من قانون العدل والإنصاف للقضاء على مشكلات الأوقاف لقدري باشا فقالت : « الوقف هو حبس العين عن تملكها لأحد من العباد والتصدق بالمنفعة على الفقراء ولو في الجملة أو على وجه من وجوه البر » .

٤ - وذهب بعض الفقهاء إلى أن الوقف هو حبس العين عن التصرف فيها والتصدق اللازم بالمنفعة مع انتقال ملكية العين الموقوفة إلى الموقوف عليهم ملكاً لا يبيح لهم التصرف المطلق فيها . وهذا هو ظاهر مذهب الحنابلة^(٤) .

ولما كان التعريف الثالث يقضى بحبس العين على حكم ملك الله ، حتى لا تكون سائبة ، إذ لا سائبة في الإسلام ، وعدم دخولها في ملك الموقوف

(١) تبين الحقائق ج ٣ ص ٣٢٥ .

(٢) انظر في فقه الشافعية معنى المحتاج ج ٢ ص ٣٧٦ فقد جاء فيه : « الوقف لغة الحبس - وشرعاً حبس مال يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه بقطع التصرف في رقبته على مصرف مباح موجود » . وانظر المذهب ج ١ ص ٤٤٧ .

(٣) جاء في المعنى لابن قدامة ج ٥ ص ٥٤٤ ، « الوقوف جمع وقف يقال منه وقفت وفقاً ... ويقال حبست وأحبست وبه جاء الحديث : « إن شئت حبست أصلها ونصدت بها » ... والوقف مستحب ومعناه تحييس الأصل وتسبيل الثمرة » .

(٤) انظر المعنى لابن قدامة ج ٥ ص ٥٤٨ فقيه : « وينتقل الملك في الموقوف إلى الموقوف عليهم في ظاهر المذهب » قال أحد : « إذا وقف داره على ولد أخيه صارت لهم وهذا يدل على أنهم ملكوه وروى عن أحمد أنه لا يملك فإن جماعة نقلوا عنه فيمن وقف على ورثته في مرضه يجوز لأنه لا يباع ولا يورث ولا يصير ملكاً للورثة وإنما ينتفعون بغلتها وهذا يدل بظاهره على أنهم لا يملكون ويحتمل أن يريد بقوله لا يملكون أى لا يملكون التصرف في الرقبة فإن فائدة الملك وآثاره ثابتة في الوقف وعن الشافعي من الاختلاف نجد ما حكيناه ... » .

عليهم ، وليس لهم سوى الربيع والثمرة ، فإن هذا يحقق ما شرع الوقف من أجله لأن الواقف حين يقف أرضه فإنما يريد المحافظة على ثروته من الضياع وانتفاع الموقوف عليهم بصفة دائمة ولا يكون ذلك إلا إذا خرجت العين عن ملك الواقف ومنع الموقوف عليه من التصرف فيها بأى تصرف ناقل للملكية . ومن أجل هذا رجح في نظرى هذا التعريف .

وفى المذهب الحنفى إذا وقف الفضولى ملك الغير توقف نفاذ هذا التصرف على إجازة المالك فإن أجازته نفذ وإلا بطل .

وقد نصت على ذلك المادة ٢٠ من قانون العدل والإينصاف للقضاء على مشكلات الأوقاف لقدرى باشا فقالت : « يشترط لجواز الوقف أن تكون العين المراد وقفها مملوكة ملكاً باتاً للواقف وقت الوقف ولو بعقد فاسد مع قبضه فإن لم تكن مملوكة المتصرف فوقفها فضولى على جهة من الجهات بلا إذن مالكيها توقف نفاذ الوقف على إجازة المالك فإن أجازته نفذ وإلا فلا ، .

وجاء فى كتاب أحكام الأوقاف للإخصاف : « قلت لو قال قد جعلت أرض فلان صدقة موقوفة لله عز وجل أبدأ على فقراء المسلمين فبلغ صاحب الأرض فقال قد أجزت ما صنعه فلان فى أرضى ؟ قال تكون وقفاً ، قلت : وكذلك لو قال : جعلتها وقفاً على قوم بأعيانهم ومن بعدهم على المساكين فأجاز صاحب الأرض ذلك قال : هو جائز وتصير الأرض وقفاً على الوجوه التى سبيلها وهى وقف من قبل مالكيها وإليه ولايتها^(١) .

وعند المالكية^(٢) وقف الفضولى لمال الغير باطل على رأى فى المذهب ،

(١) انظر فى هذا أحكام الأوقاف ص ١٢٩ : « مطلب وقف ملك الغير ثم أجاز للمالك » الطبعة الأولى ١٣٢٢ هـ - ١٩٠٤ م تأليف أبى بكر أحمد بن عمرو الشيبانى المعروف بالإخصاف . وانظر الوقف من الناحية الفقهية والتطبيقية ص ٦٤ للأستاذ محمد سلام مذكور تحت عنوان « الوقف الصحيح الموقوف » .

(٢) جاء فى حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ٤ ص ٧١ الطبعة الثانية بالطبعة الأزهرية ١٣٠٩ هـ : « وقف الفضولى .. غير صحيح ولو أجاز المالك لمروجه بغير عوض »

وفي رأى الآخر يعتبر وقفه كبيعه ينعقد صحيحاً موقوفاً على الإجازة بمن له ولاية إنشائه فإذا أجاز نفذ وإلا بطل .

وعند الشافعية^(١) في المذهب القديم وقف الفضولي لمال الغير كبيعه ينعقد صحيحاً موقوفاً على إجازة صاحب الحق فإن أجازته نفذ وإن رفضه بطل . أما في المذهب الجديد فإن وقف الفضولي لمال الغير يعتبر باطلاً .

ومن ثم فإننا نخلص إلى أن هناك رأيين في وقف مال الغير :

١ - رأى يقول بالوقف وإلى هذا جنح الحنفية والشافعية في المذهب القديم والمالكية في إحدى الروايتين عندهم .

٢ - رأى يقول بالبطلان وإلى هذا جنح المالكية في الرواية الأخرى عندهم وكذا الشافعية في المذهب الجديد .

أدلة القائلين بالوقف

١ - وقف الفضولي لمال الغير كبيعه، وبما أن بيعه موقوف فوقفه موقوف على إجازة صاحب الحق .

ويناقش هذا بأن قياس الوقف على البيع قياس مع الفارق فالبيع مبادلة

== بخلاف بيعه فصحيح لخروجه بعوض كما مر ومثل وقف الفضولي هبته وصدقته وعتقه فهو باطل ولو أجازته للمالك كما في الحرشي وهو ظاهر كلام المصنف هنا وذكر بعضهم أن وقف الفضولي هبته وصدقته وعتقه كبيعه إن أمضاه المالك مضى وإلا رد واختار ذلك القول شيخنا لأن المالك إذا أجاز فعله كان ذلك الفعل في الحقيقة صادراً منه قال ويمكن حمل كلام المصنف على ذلك القول بأن يقال قوله صح وقف بملوك أى صح صحة تامة فلا تتوقف على شيء أى بخلاف غير المملوك فإن صحته تتوقف على شيء وهو إجازة المالك . وانظر شرح الحرشي ج ٧ ص ٧٩ وشرح عبد الباقي الزرقاني على مختصر خليل ج ٥ ص ١٩ .

(١) انظر في فقه الشافعية معنى المحتاج ج ٢ ص ١٥ ، والمجموع شرح المذهب ج ٩

مال بمال . أما الوقف فليس فيه معنى المبادلة كالبيع، هذا فضلاً عن أن حكم الأصل غير متفق عليه فمن الفقهاء من يقول ببطلان بيع الفضولي لمال الغير، ومن ثم فإن القياس يكون غير صحيح .

٢ — الولاية بالنسبة لمن يقف مال الغير شرط في التنفيذ لافي الاعتقاد، وعدم توفر شرط من شروط التنفيذ يترتب عليه عدم نفاذ العقد أى وقفه على الإجازة لعدم انعقاده . ومن ثم فإن وقف مال الغير ينعقد موقوفاً على الإجازة ممن يملكها .

أدلة للقائنين بالبطلان

١ — وقف الفضولي لمال الغير كبيعته وكهيبته ينعقد باطلاً . وهذا القياس مردود عليه بما يأتى :

(أ) لا يقاس الوقف على البيع لعدم الاتفاق على حكم الأصل وهو بيع الفضولي فمن الفقهاء من يقول بأنه موقوف — هذا فضلاً عن أنه قياس مع الفارق إذ أن البيع مبادلة مال بمال . أما الوقف فليس فيه معنى المبادلة، ومن ثم فإن القياس يكون غير صحيح .

(ب) لا يقاس الوقف على الهبة لأنه لا نص في وقف هبة الفضولي لمال الغير حتى يمكن القياس عليه . كما أن الهبة قد تكون بعوض ففيها معنى المبادلة، أما الوقف فليس بعوض إطلاقاً فليس في معنى الهبة فافتراقاً، والقياس مع الفارق فاسد .

٢ — الفضولي — حين يقف مال الغير — ليمت هذه القدرة الشرعية على إنشاء التصرف لعدم ولايته . ويرد على ذلك بأن هذه القدرة تتحقق بالاهلية والمحلية وقد توافرا فينعقد التصرف ويوقف على الإجازة ممن يملكها شرعاً، كما أن الولاية شرط من شروط التنفيذ لا شرط من شروط الانعقاد كما أسلفنا .

٣ — القول بانعقاد وقف الفضولي لمال الغير صحيحاً موقفاً على الإجازة فيه انفصال للحكم عن السبب وإذا تراخى الحكم عن السبب لغا الحكم ولم يترتب عليه أثره . ويزد على ذلك بأن الحكم قد يتراخى عن السبب وذلك كبيع الفضولي فإنه إذا أجزى اعتبر نافذاً منذ صدوره إذ الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة .

وما سبق يتبين رجحان رأى الأول القائل بالوقف لأن أدلة الرأى الثانى قد انهارت بالمناقشات التى أوردناها فتكون دعواهم عارية عن الدليل ودهوى الرأى الأول يدعمها الدليل ، ومادعم بالدليل خير مما عرى عنه .

المبحث الثالث

الوصية بمال الغير

الوصية فى اللغة: «أوصيت إليه بمال جعلته له وأوصيته بولده استعطفته عليه وأوصيته بالصلاة أمرته بها» (١) .

أما فى الاصطلاح فقد عرفها بعض الفقهاء بأنها: «تمليك مضاف إلى ما بعد الموت» (٢) . وإلى هذا جنح صاحب مرشد الخيران فنصت المادة ٨٦ على أن : «الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع» .

(١) جاء فى المصباح المنير ج ٢ ص ١٤٥ (الواو مع الصاد وما يثلثهما) :

« وصيت الشيء بالشيء من باب وعد وصلته ، ووصيت لى فلان توصية وأوصيت إليه أيضاً .. والاسم الوصايا بالكسر والفتح لغة وهو وصى والجمع أوصياء وأوصيت إليه بمال جعلته له وأوصيته بولده استعطفته عليه ، وأوصيته بالصلاة أمرته بها » .

(٢) جاء فى البدائى للكاسانى ج ٧ ص ٣٣٠ : « القياس يأبى جواز الوصية لأنها تمليك مضاف إلى ما بعد الموت والموت مزيل للملك فتقع الإضافة إلى زمان زوال الملك فلا يتصور وقوعه تمليكا فلا يصح إلا أنهم استحسنا جوازها بالكتاب العزيز والسنة الكريمة والإجماع ... » . وانظر الوصايا فى الفقه الإسلامى لأستاذنا محمد سلام مذكور ص ٢٥٢ وما بعدها مطبعة ١٩٥٨ م .

وهذا التعريف في نظرنا غير جامع لأنه لا يشمل الوصية بإقامة وصى على التركة فهو قاصر على التصرفات التليسية وحدها مع أن الوصية تشمل الأموال والمنافع كما تشمل الحقوق المتعلقة بالمال كالوصية بتأجيل الدين الحال والوصية بتقسيم التركة .

وعرفتها المادة الأولى من قانون الوصية الحالى رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ فقالت : « الوصية تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت » ،

وهذا التعريف يمتاز عن التعريف السابق بأنه أطلق كلمة تصرف ولم يقصرها على التليكات ، فيشمل الوصية بالمال والمنفعة والوصية بأن يباع ماله من فلان .

وعرفها آخرون بأنها « تصرف يستوجب في التركة ابتداء حقاً بعد الوفاة »^(١) . فجميع التصرفات التي توجب حقاً في مال المتصرف أو في ذمته حال حياته لا تعد وصية وإن وجب هذا الحق في التركة بعد وفاته ، لأنه لم يجب في التركة ابتداء وذلك كالقرض وكالشرأ بأجل وكفالة الدين ونحو ذلك .

أما ما يوجب في التركة ابتداء حقاً من الحقوق فهو وصية كالوصية لفلان بمال أو بالبيع له أو بالوقف عليه أو بتأجيل ما عليه من الدين للوصى كالوصية للفقراء أو للمساجد أو المستشفيات أو لوفاء الدين من ثمن عين معينة من التركة . وكذلك الوصية بإقامة وصى لأنها توجب في التركة حقاً هو ثبوت ولايته عليها ونفاذ تصرفه فيها إذا ما تصرف في الحدود المشروعة له . ومثل ذلك أيضاً الوصية بالبراءة من الدين أو من الكفالة به ، لأنها تصرف يستوجب للدين أو الكفيل حقاً هو براءة ذمته من مال هو جزء من التركة . وهذا التعريف في نظرنا هو أفضل التعريفات وأشملها .

(١) انظر في هذا الميراث والوصية في الإسلام لأستاذنا محمد زكريا البرديسى ص ٩٩ طبعة

وفي المذهب الحنفي تنعقد وصية الفضولي بمال الغير موقوفة على الإجازة
من يملكها ، فإذا أجازها نفذت وإن لم يجزها بطلت .

فإذا أوصى الفضولي بألف من مال غيره أو بعين من ماله ، فأجاز المالك ،
فهو مخير إن شاء سلمها وإن شاء لم يسلمها^(١) .

ولما كانت وصية الفضولي بمال الغير تنعقد صحيحة موقوفة على إجازة
صاحب الحق فإن حكمها لا يختلف عن أى تصرف آخر من التصرفات
الموقوفة ، كهبة ملك الغير ووقفه ، ولهذا فإننا نكتفي بما قلناه في بيان
هذه التصرفات .

(١) جاء في كتاب البحر الرائق لابن نجيم ج ٦ ص ١٦٤ : « وأما وصية الفضولي كما
إذا أوصى بألف من مال غيره أو بعين من ماله فأجاز المالك فهو مخير إن شاء سلمها وإن شاء
لم يسلم كالهبة كما في الفتنية من الوصايا وبه علم حكم هبة الفضولي » .

الفصل الثالث

محل العقد الموقوف من العقود الأخرى

قد يكون محل العقد الموقوف من العقود الأخرى كالزواج والطلاق والخلع ، ونكتفي هنا ببيان حكم عقد الزواج الموقوف .

الزواج الموقوف

قد يباشر عقد الزواج فضولى لا ولاية له فى إنشائه^(١) ، وقد يباشره وكيل مقيد بحدود الوكالة ثم يتجاوز هذه الحدود^(٢) ، وقد يباشره ولى بعيد فى المرتبة مع وجود من هو أقرب واحق بالولاية ودون أن يكون غائباً ، فالعقد فى هذه الحالات ينعقد موقفاً على الإجازة بمن يملكها ، كما ينعقد موقفاً أيضاً على إذن الولى زواج الفتاة لنفسها فى الفترة ما بين بلوغ الحلم وبلوغ سن الرشد المالى على ماذهب إليه محمد بن الحسن من الحنفية^(٣) .

-
- (١) نصت على حكم زواج الفضولى المادة ٢٢ من مشروع قانون الأحوال الشخصية فى فقرتها الأولى فقالت : « زواج الفضولى متى وقع صحيحاً يتوقف على إجازة صاحب الشأن » .
- (٢) نصت على حكم زواج الوكيل لما تجاوز حدود الوكالة المادة ٢٢ من المشروع المذكور فى فقرتها الثانية فقالت : « إذا جاوز الوكيل فى الزواج حدود وكالته كان فضولياً » .
- (٣) جاء فى الهداية ج ٢ ص ٣٩١ فى فقه الحنفية : « وينعقد نكاح الحرة العاقلة البالغة برضاها وإن لم يعقد عليها ولى بكرأ كانت أو ثيباً عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله فى ظاهر الرواية وعند أبى يوسف رحمه الله أنه لا ينعقد إلا بولى ، وعند محمد ينعقد موقفاً وقال مالك والشافعى رحمهما الله لا ينعقد النكاح بعبارة النساء أصلاً لأن النكاح يراد لمقاصده ، والتفويض لليهن مغل بها » .

وفى ٣٩٢ من نفس المرجع : « لا أن محمداً رحمه الله يقول يرتفع الحلال بإجازة الولى ووجه الجواز أنها تصرف فى خالص حقها ومى من أهله لكونها عاقلة خيرة ولهذا كان لها التصرف واختيار الأزواج » . وانظر فى بيان هذا رأى ورأى جمهور الفقهاء وأدلة كل منهم تفصيلاً الأحكام الإسلامية فى الأحوال الشخصية للأستاذ محمد زكريا البرديسى ص ١٨٦ وما بعدها ، وانظر أيضاً أحكام الأسرة فى الإسلام (الزواج وآثاره فى الفقه الإسلامى) ج ١ ص ١٧٢ - ١٧٣ لأستاذنا محمد سلام مذكور طبعة ١٣٨٧ هـ ١٩٦٧ م .

وكذلك يتعقد موقوفاً على إجازتها إذا زوجها الولي في هذه الفترة بدون إذنها وهذا ما نصت عليه المادة ٢٤ من مشروع قانون الأحوال الشخصية في فقرتها الثانية فقالت : « إذا باشرت الفتاة العقد بعد رضا الولي صح العقد وإذا انفرد أحدهما بالعقد قبل رضا الآخر كان موقوفاً على إجازته » .

ولما كان العقد في الحالات السابقة يتعقد موقوفاً على الإجازة فإنه لا يترتب عليه أى أثر من آثار الزواج قبل إجازته فلا يحل الدخول ولا تجب نفقة وإيجازته يصير العقد نافذاً وتترتب عليه جميع آثاره وتلتحق الإجازة بالإذن السابق على العقد ، أما إذا لم يحزه صاحب الشأن الذى يملك الإجازة فإنه يبطل العقد وإذا مات أحد الزوجين قبل صدور الإجازة فإنه لا يثبت التوارث (١) .

وقد نصت على حكم الزواج غير النافذ المادة ٣٦ من مشروع قانون الأحوال الشخصية في الفقرة ج فقالت : « والزواج غير النافذ هو الذى يتعقد موقوفاً على إجازة من له الحق في الإجازة » .

وإذا حدث دخول بين الزوجين في مدة وقف العقد ثم أجازاه من يملك الإجازة فإن الدخول السابق يصير بالإجازة اللاحقة دخولا في ظل عقد زواج صحيح نافذ لأن الإجازة اللاحقة كالإذن السابق ، وأما إذا رفض صاحب الشأن إجازة العقد ولم يحزه بالرغم من حصول الدخول فإن العقد يعتبر قد حدث في ظل شبهة قوية تمحو وصف الزنى ولا تسقط الحد ومتى سقط وصف الزنى وسقط الحد ، فإن العقد يعتبر في حكم العقد الفاسد عند محقق الحنفية فتترتب عليه بعض الآثار دون بعض فيجب المهر بالدخول

(١) انظر في بيان هذا كله أحكام الأسرة في الإسلام (في الزواج وآثاره) ج ١ ص ٢٠١ للأستاذ محمد سلام المذكور .

ويثبت السبب وتجب العدة احتياطاً . ولا تجب نفقة عدة ولا سكنى ولا يجري التوارث بسببه .

وإذا كان الدخول قد حدث بعد أن رفض إجازة العقد من يملك الإجازة والرفض وعلم الزوجان ببطلان العقد بسبب الرفض فإن هذا الدخول يعتبر معصية محضة واتصالاً غير مشروع ويقام فيه الحد ولا يترتب عليه أى أثر من آثار الزواج^(١) .

وقد نصت على هذه الأحكام المادة ٣٧ من مشروع قانون الأحوال الشخصية فقالت : « الزواج الصحيح غير النافذ لا يترتب عليه قبل الإجازة والدخول شيء من آثار الزواج الصحيح وإذا وقع الدخول فيه قبل الإجازة أخذ حكم الزواج الفاسد بعد الدخول إذا لم يحجز ويعتبر زواجا نافذاً من وقت العقد إذا أجزى » .

هذه هى حالات الزواج الموقوف وأحكامه ونخص بالبحث حكم زواج الفضولى .

زواج الفضولى

الفضولى إما أن يكون طرفاً واحداً من طرفى العقد ، كأن يتولى العقد عن الزوج مع الزوجة أو وكيلها أو وليها أو مع فضولى آخر عنها ، كما يجوز أن يتولى هذا العقد فضولى عن الزوجة مع الزوج أو وكيله أو وليه أو فضولى آخر عنه ، وفى هذه الحالة يتوقف العقد على إجازة من أقام الفضولى نفسه مقامه فإن أجازته نفذ وإن لم يحجزه بطل . وقد نصت على ذلك المادة ١٤٤ من مرشد الخير ان فقالت : « الفضولى الذى يوجب النكاح أو

(١) انظر فى بيان هذا أحكام الأسرة فى الإسلام (الزواج وآثاره فى الفقه الإسلامى) ج ١ ص ٢٠٢ - ٢٠٣ للأستاذ محمد سلام مذكور ، وانظر أيضاً الأحكام الإسلامية فى الأحوال الشخصية لأستاذنا محمد زكريا البرديسى ص ١٢٨ - ١٢٩ .

يقبله بلا توكيل ولا ولاية ينعقد نكاحه موقوفاً على إجازة من له الإجازة فإن أجازته نفذ وإن أبطله بطل .

وليس للفضولي أن يرجع عن العقد الذى باشره بعد قبول الطرف الآخر وقبل الإجازة وهذا بخلاف الفضولي فى البيع فإنه يملك الرجوع قبل الإجازة، وذلك لأنه فى البيع تلحقه العهدة فكان له الرجوع كى لا يتضرر بخلاف النكاح فإن الحقوق فيه ترجع إلى المعقود له كما فى الوكالة^(١).

ففى هذه الصورة لا يختلف تصرف الفضولى عن التصرفات الأخرى التى يباشرها كما فى البيع والإجازة وقد سبق أن بحثنا حكم تصرفاته فيها فى فقه المذاهب فتحيل إلى ما سبق دراسته .

أما إذا تولى الفضولى طرف فى عقد النكاح فإن لذلك أربع حالات :

الحالة الأولى : أن يكون فضولياً من الجانبين ، كأن يقول بمحضر من الشهود زوجت فلانة من فلان وهو ليس وكيلاً عنهما ولا ولياً عليهما .

الحالة الثانية : أن يكون فضولياً من جانب أصيلاً من الجانب الآخر، مثل أن يقول والشهود حاضرة تزوجت بفلانة وهو ليس وكيلاً عنها ولا ولياً عليها .

الحالة الثالثة : أن يكون فضولياً من جانب وولياً من جانب آخر مثل أن

(١) جاء فى البدائع للكاسانى ص ٥ من ١٥١ : « ولو فسخه البائع (الفضولى) قبل الإجازة انفسخ واسترد البيع إن كان قد سلم ويرجع المشتري بالثمن على البائع إن كان قد تقدمه وكذلك إذا فسخه المشتري يفسخ . لأن البيع الموقوف لو اتصلت به الإجازة فالحقوق ترجع إلى العاقد فهو بالفسخ يدفع العهدة عن نفسه فله ذلك .

وفى الهداية ص ٢ من ٤٢٨ : « ولنا أن الوكيل فى النكاح سفير ومعبّر . . ولا ترجع الحقوق إليه بخلاف البيع لأنه مباشر حتى رجعت الحقوق إليه » .

يقول وقد حضرت الشهود زوجت بملت ابني وهي صغيرة من فلان وهو لم يكن قد وكله في هذا الزواج ولا هو تحت ولايته .

الحالة الرابعة : أن يكون فضولياً من جانب ووكيلاً من جانب آخر مثل أن يقول بحضرة الشهود زوجت موكلتي فلاناً من فلانة وهذه لم توكله ولم تكن تحت ولايته^(١) .

وتولى الفضولي النكاح في هذه الحالات الأربع غير منعقد^(٢) عند أئ حنيفة ومحمد وزفر والشافعي وفي إحدى الروايتين في المذهب الحنبلي وعند المالكية .

أما أبو يوسف من الحنفية^(٣) فيرى انعقاد النكاح في هذه الصورة جميعها ، وإلى هذا جنح الحنابلة في الرواية الأخرى عندهم^(٤) وعلى ذلك فإن في تولى الفضولي طر في النكاح رأيين :

(١) انظر في بيان هذه الحالات الأحكام الإسلامية في الأحوال الشخصية لأستاذنا محمد زكريا البردي ص ٦١ الطبعة الأولى ١٩٦٦/٦٥ م .

(٢) جاء في الهداية ج ٢ ص ٤٢٩ في فقه الحنفية ومن قال اشهدوا أنني تزوجت فلانة فبلغها فأجازت فهو باطل ، . وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف إذا زوجت نفسها غائباً فبلغه فأجازته جاز حاصل الخلاف أن الواحد لا يصلح فضولياً من الجانبين أو فضولياً من جانب وأصيلاً من جانب عندها خلافاً له . وفي نفس المرجع ج ٢ ص ٤٢٧ : « وقال زفر والشافعي لا يجوز لأن الواحد لا يتصور أن يكون مملوكاً ومملوكاً كإني البيع » .

وانظر في نفس المعنى يجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر ج ١ ص ٢٧٩ . وانظر أحكام الأسرة في الإسلام (في الزواج وآثاره ج ١ ص ٦٨ - ٦٩ تحت عنوان الزواج بالإرادة المنفردة للأستاذ محمد سلام مذكور طبعة ١٣٨٧ هـ - ١٩٦٧ م) .

وفي نهاية المحتاج في فقه الشافعية ج ٥ ص ١٩٣ : « وليس له تولى الطرفين في تزويج عبده بأمته بناء على عدم إجباره له وهو الأصح ... » . وانظر في فقه الحنابلة المغني لابن قدامة ج ٦ ص ٤٧٠ طبعة ١٣٦٧ هـ فقيه : « ولأنه عقد ملكة بالإذن فلم يجز أن يتولى طرفيه كالبيع » . وفي فقه المالكية جاء في شرح الحرشي ج ٣ ص ١٩١ : « وليس له (الفضولي) تولى الطرفين أي إيجاباً وقبولاً في النكاح » .

(٣) انظر في هذا الهداية ج ٣ ص ٤٣٠ .

(٤) انظر المغني لابن قدامة ج ٦ ص ٤٧٠ .

الرأى الأول : ويقول بعدم الانعقاد وهو رأى الشافعى وزفر وابن حنيفة ومحمد وفي إحدى الروايتين فى المذهب الحنبلى .

الرأى الثانى : ويقول بالانعقاد موقوفاً على الإجازة وهو رأى أبى يوسف ، وفى الرواية الأخرى فى المذهب الحنبلى .

أدلة الرأى الأول :

١ — الواحد فى النكاح لا يكون ملكاً وملكاً ، كما فى البيع لا يتولى الواحد فيه طرفى العقد سواء كان أصيلاً بأن كان يبيع ملك نفسه أو يشتري لنفسه أم كان نائباً عن الأصيلين بوكالة منهما ، فإذا كان فضولياً فلا يصح أن يتولى طرفى البيع من باب أولى لأنه ليست له صفة فى العقد لا بطريق الأصالة ولا بطريق النيابة . فكذا لا يبيع الشخص من نفسه لا ينكح من نفسه (١) .

٢ — عبارة العاقد الواحد ليست سوى الإيجاب ، والعقد لا تتحصل حقيقته إلا بالإيجاب ، والقبول إذ كل منهما ركن فيه فلا عقد حيثئذ لخلو ركنه وهو القبول إذ الشئ لا يبقى بعد زوال ركنه .

فالموجود من الفضولى فى هذه الحالة هو شطر عقد لا عقد كامل وإذا كان لا بد من الجواب فى المجلس وإلا بطل ما صنعه الفضولى فلا تلحقه الإجازة . والدليل على ذلك أن الزوجة إذا كانت حاضرة بالمجلس الذى تكلم فيه الفضولى فلا يتم العقد إلا بقبولها فى نفس المجلس وإذا كان

(١) وإنما جاز الواحد استثناء أن يتولى طرفى البيع فيما إذا كان ولياً كالأب يبيع شيئاً من ماله لابنه الصغير أو يشتري من مال الصغير شيئاً لنفسه أو يبيع لأحد ابنيه الصغيرين من مال الآخر وذلك للضرورة والضرورات يبيع المخطورات وفى الدر المختار المحصن ج٤ ص ١٤٢ — ١٤٣ : « وبطل ييم الفضولى من نفسه لأن الواحد لا يتولى طرفى العقد إلا الأب ... » .

الأمر كذلك فالموجود من الفضولى هو شرط العقد حال وجودها
فليكن الأمر كذلك حال غيبتها والإجازة إنما تكون لعقد تم بالإيجاب
والقبول ولا يجوز أن تكون للإيجاب فقط لأن الإجازة فى هذه الحالة
تكون قبولا ولا بد لذلك من اتحاد المجلس فى الزواج وغيره من سائر عقود
التملك (١).

أدلة الرأى الثانى :

ذهب هذا الرأى إلى أن العقد فى هذه الأحوال الأربعة المذكورة
ينعقد موقوفاً على الإجازة إذ الموجود بعبارة متولية عقد كامل كما لو كان
وكيلاً عن الطرفين أو وكيلاً عن طرف وأصيلاً أو ولياً عن الطرف
الآخر ، وكل ما جاز بالإذن ابتداء جاز بالإجازة انتهاء لأن الإجازة
اللاحقة كالوكالة السابقة فالموجود من الفضولى على قول أبى يوسف فى
الحالات التى ذكرناها عقد تام فتحققه الإجازة . فالفضولى فى هذا كالعقد
ذى الصفة الشرعية ولا مانع عنده من أن تقوم عبارته مقام الإيجاب
والقبول من الأصل ، ويكون العقد موقوفاً على إجازته كما هو صحيح
موقوف باتفاق علماء المذهب الحنفى إذا تولاه فضوليان أحدهما عن الزوج
والآخر عن الزوجة (٢) .

(١) جاء فى الهداية ج ٢ ص ٤٣١ : « ولهما (لأبى حنيفة وعمد) أن الموجود شرط
العقد لأنه شرط حالة الحضرة فكذا عند الغيبة وشرط العقد لا يتوقف على ما وراء المجلس كما
فى البيع بخلاف المأمور من الجانبين لأنه ينتقل كلامه إلى العاقدين وما جرى بين الفضولين عقد
تام . وفى جمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر ج ١ ص ٢٧٩ : « ولهما أن هذا شرط عقد فلم يتوقف
على ما وراء المجلس كبيع إذ التوقف إنما يكون بعد تمام العقد بخلاف المأمور » .

(٢) جاء فى الهداية ج ٢ ص ٤٣٠ : « وقال أبو يوسف إذا زوجت نفسها غائباً
فبلغته فأجازه جاز » . وفى جمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر ج ١ ص ٢٧٩ : « فإنه يجوز عنده
(عند أبى يوسف) للواحد الفضولى أن يعقد للطرفين ويتوقف عقده على إجازتهما ... لأن
الواحد يصلح عاقداً من الجانبين إذا كان بأمره فكذا إذا كان بغير أمره إذ الواحد يصاح
سفيراً عن الجانبين إذ لا يلزم التناى لعود الحقوق إلى من عقد له » . وجاء فى المنهى فى فقه
الحنابلة ج ٦ ص ٤٧٠ : « ولأنه يملك الإيجاب والقبول لجاز أن يتولاهما » .

وبالنظر في أدلة الفريقين فإننا نرجح الرأي الثانى لأن العقد ما دام انعقاده موقوفاً على إجازة صاحب الشأن فإنه لا ضرر فى ذلك ، لأن الضرر يتحقق فى القول بالإنفاذ فى حالات تولى الفضولى طرفى النكاح لا فى انعقاده موقوفاً على الإجازة ، هذا فضلاً عن أن القول بالوقف يهدف إلى حماية صاحب الحق أو من وقف العقد على إجازته .

الباب الثالث

حكم العقد الموقوف وما يقابله في القانون

تمهيد :

حكم العقد هو الغاية المقصودة من العقد والآخر المترتب عليه^(١) كانتقال ملكية المبيع في عقد البيع من البائع إلى المشتري . وحكم العقد الموقوف هو ترتب أثره عليه بعد صدور الإجازة بمن يملكها شرعاً .

وليس معنى أن التصرف موقوف هو أنه لم ينعقد أو أنه انعقد فاسداً ، بل إنه انعقد صحيحاً صادراً من أهله مضافاً إلى محله ولكنه موقوف فلا يمتنع أثره إلا بالإجازة فالحكم فيه يتراخى إلى حين صدورها .

والتصرف في فترة وقفه لا يكون له وجود مادي فحسب بل يكون له أيضاً وجود شرعي لأنه انعقد صحيحاً ، ولكن هذا الوجود الشرعي لا ترتب عليه آثاره إلا بعد إجازته فإذا أجزى نفذ وإن لم يجز بطل .

وبناء على ذلك فإن هناك مرحلتين يمر بهما العقد الموقوف : مرحلة ما قبل الإجازة ومرحلة ما بعد الإجازة .

ونتناول فيما يلي بحث كل من المرحلتين مبينين حكم العقد الموقوف في كل منهما .

(١) انظر في هذا العقود والشروط والخيارات للأستاذ الشيخ أحمد إبراهيم ص ٦٦ ، وانظر في بيان حقيقة الحكم عند الفقهاء الإباحة عند الأصوليين للأستاذ محمد سلام مذكور ص ٢٠ طبعة ١٣٨٣ هـ - ١٩٦٣ م .

الفصل الأول

حكم العقد الموقوف قبل الإجازة وما يطرأ عليه وما يقابله في القانون

المبحث الأول

حكم العقد الموقوف قبل الإجازة وما يقابله في القانون

المطلب الأول

حكم العقد الموقوف قبل الإجازة في الشريعة

قبل أن تصدر الإجازة ممن يملكها شرعاً لا يظهر أثر العقد ويكون ظهور أثره موقوفاً على الإجازة ، فإذا كان بيعاً لملك الغير لم يترتب عليه نقل الملكية من المالك إلى المشتري ، ويتوقف العقد بالنسبة لكل من البائع الفضولي والمشتري وبالنسبة إلى المالك . وإذا كان تصرفاً صادراً من الوكيل متجاوزاً فيه حدود الوكالة المرسومة فإنه ينعقد موقوفاً على إجازة الموكل فلا ينفذ التصرف قبل صدورها . وإذا كان التصرف صادراً من الصبي المميز في التصرفات الدائرة بين النفع والضرر فإنه ينعقد موقوفاً على إجازة الولى ولا ينفذ قبلها . وإذا كان تصرفاً في مال تعلق به حق الغير كتصرف المدين المحجور عليه الضار بمصلحة الغرماء فلا ينفذ قبل إجازتهم أو إبرائهم له من الدين ، وإذا كان بيعاً للعين المرهونة توقف نفاذه على إجازة المرتهن لتعلق حقه بالعين المباعة ، فإن أجازته أو قضى الراهن دينه نفذ لأن التوقف كان لحقه وقد قضى بسقوطه . وإذا نفذ البيع بإجازة المرتهن انتقل حقه إلى بدله (١) .

(١) انظر في هذا الفتاوى الهندية ج ٣ ص ١١٠ - ١١١ والمادة ٨٨٤ من مرشد

الخيراز ،

وإذا كان زواجاً فلا يترتب عليه شيء من الآثار الشرعية قبل الإجازة أيضاً، فيحرم على الزوج أن يدخل بزوجه ولا يقع فيه طلاق^(١)، ولا يلشأ عنه توارث بين الزوجين إذ لا طلاق ولا توارث إلا في الزواج الصحيح النافذ، وكذلك لا تجب نفقة ولا طاعة فإذا حصل الدخول فيه قبل الإجازة أخذ حكم الزواج الفاسد بعد الدخول إذا لم يحز^(٢) فتترتب عليه الآثار الآتية :

١ — وجوب الأقل من المسمى ومهر المثل فلو كان المسمى مائة جنيه ومهر المثل يقل عن المسمى بعشرة جنيهات وجب مهر المثل ولو كان العكس وجب المسمى .

٢ — ثبوت نسب الولد إذا حصل حمل من هذا الدخول .

٣ — وجوب العدة بعد التفريق بين المرأة وزوجها^(٣) .

وقد سبق الإشارة إلى ذلك عند الكلام عن الزواج الموقوف^(٤) .

فالعقد في الحالات السابقة جميعها يكون قبل الإجازة موقوفاً لا يمتنع أثره حتى ترد عليه الإجازة بمن يملكها شرعاً .

(١) جاء في فنيح القدير ج ٥ ص ٣١٤ - ٣١٥ : « لا يصح الطلاق في النكاح الموقوف حتى إذا أجزى لا يقع على المرأة ، أما النكاح فلا يتعلق ولا يمكن أن يعتبر في حال التوقف سبباً لملك الطلاق بل لملك التمة المستعقب له إذا ثبت وهذا لأنه لا يثبت لأجل صحة الطلاق مقصوداً لأن شرعيته لصد ذلك من انتظام المصالح لا لوقوع الشتات بالفرقة فلا يثبت ذلك إلا بناء على ثبوت المقصود أولاً وهو متنفذ فلو ثبت لسكان ليس إلا لوقوع صحة الطلاق » .

(٢) انظر المادة ٣٧/٢ من مشروع القانون التي أعدته لجنة الأحوال الشخصية وقد سبق إيراد هذا النص عند الكلام عن الزواج الموقوف .

(٣) انظر في بيان حكم الزواج الموقوف الأحكام الإسلامية في الأحوال الشخصية للأستاذ محمد زكريا البرديسي ص ١٢٨ - ١٢٩ الطبعة الأولى ١٩٦٥م/١٩٦٦م . وانظر أحكام الأسرة في الإسلام (الزواج وآثاره) ج ١ ص ٢٠١ - ٢٠٢ للأستاذ محمد سلام مذكور .

(٤) انظر في هذا الباب الثاني من هذا القسم تحت عنوان : « الزواج الموقوف » .

المطلب الثاني

حكم العقد القابل للإبطال والعقد غير السارى قبل الإجازة فى القانون
العقد القابل للإبطال قبل أن ترد عليه الإجازة أو الإبطال يعتبر كالعقد
الصحيح منتجاً لكل آثاره ، فبيع ناقص الأهلية أو من شاب رضاه عيب
من عيوب الإرادة ناقل للملك فى الشيء المبيع منه إلى المشتري حتى يبطل ،
فإذا أبطل زالت آثاره بأثر رجعى من يوم عقده . وإجازة هذا العقد
لاتضيف إليه جديداً فهى تؤكد ما أنتجته من آثار وتبعد عنه عوامل الفناء .
ومن هذا يتضح أن العقد القابل للإبطال يختلف عن العقد الموقوف ،
فالأخير لا ينتج أثراً قبل إجازته فهما على طرفى نقيض من حيث ترتب
الحكم فى كل منهما فى الفترة ما بين صدور العقد والإجازة أو الإبطال ، وهذا
هو الفرق الأساسى بينهما .

كذلك فإن العقد غير السارى أو غير النافذ يعتبر صحيحاً منتجاً لآثاره
فيما بين عاقديه منذ إبرامه ، ولكنه يختلف عن العقد القابل للإبطال فى أنه
لا يحتاج به على الغير ، فعدم النفاذ لا يكون إلا بالنسبة لهذا الغير وهو
الأجنبي عن العقد فلا ينفذ فى حقه عقد لم يشترك فيه بالرغم من أن التصرف
موضوع العقد قد يعنيه^(١) ، فبيع ملك الغير صحيح منتج لآثاره فيما بين
طرفيه قبل أن يقره المالك ، ولكنه لا يسرى فى مواجهة الأخير قبل
إقراره له .

ونحن نرى أن الأولى هو أن يوقف العقد حتى ترد عليه الإجازة لأن
يعتبر نافذاً ثم يبطل ، ومن ثم فإن الفقه الإسلامى كان أصح فى منطقته من
القانون ، هذا فضلاً عن أن الوقف يسد باب الإضرار بالنسبة لمن وقف

(١) انظر فى هذا الالتزامات للدكتور سليمان مرقس ص ٣٣٢ طبعة ١٩٦٠ م .

العقد لمصلحته ، بخلاف العقد القابل للإبطال فإنه يفتح هذا الباب ، ثم يحاول القانون علاج ما يترتب على ذلك من أضرار قد يتعذر تداركها بسبب تنفيذه قبل إجازته أو إبطاله .

المبحث الثاني

ما يطرأ على العقد الموقوف قبل الإجازة

قد يقوم أحد المتعاقدين بفسخ العقد الموقوف قبل إجازته ، كما قد يهلك محل الشيء المتصرف فيه تصرفاً موقوفاً ، كما قد يطرأ ملك بات على الملك الموقوف ، وقد يموت من له حق الإجازة قبل أن يجيز التصرف الموقوف فما هو الحكم في هذه الحالات . هذا ما نبينه في فقهى الشريعة والقانون .

المطلب الأول

فسخ العقد الموقوف قبل الإجازة وما يقابله في القانون

الفصل الأول

فسخ العقد الموقوف قبل الإجازة في الشريعة

إذا كان حكم العقد الموقوف هو عدم النفاذ أو الوقف قبل أن ترد عليه الإجازة من يملكها ، فإنه أيضاً قابل للفسخ ، ففي بيع ملك الغير يكون المشتري وللفضولي نفسه حق الفسخ قبل الإجازة حتى لو أن المالك أجازه بعد ذلك لا ينفذ لروال العقد الموقوف .

ولما كان للمشتري الحق في فسخ البيع قبل الإجازة تحرراً عن لزوم العقد في حقه . كما أن للفضولي نفسه حق الفسخ قبل الإجازة ليدفع الحقوق والعهدة عن نفسه ، لأنه بعد الإجازة يصير كالوكيل فترجع حقوق العقد

إليه ، فيطالب بالتسليم ويخاصم بالعيب ، وفي ذلك ضرر به فله دفعه عن نفسه قبل ثبوته . وهذا بخلاف الفضولى فى النكاح فليس له الحق فى الفسخ لأنه معبر محض فلا ترجع الحقوق إليه ، كما لا يشترط فى النكاح بقاء العاقد الفضولى عند الإجازة .

وللمالك الحق فى فسخ العقد الموقوف كما أن له حق الإجازة ، وقد شرع له حق الفسخ وحق الإجازة حماية له ، وحتى لا يخرج من ملكه ما لا يرضى بخروجه (١) .

وفى المذهب المالكي يختلف الأمر فبيع الفضولى للملك الغير ، لازم من جهة الفضولى ومن جهة المشتري إذا كان راضياً بالبيع ، ولكنه منحل من جهة المالك .

ويعمل فقهاء المالكية كون بيع ملك الغير منحلاً من جهة المالك وغير لازم بالنسبة له بأن البيع لم يكن بحضرته ، أما إذا كان بحضرته فإنه يكون لازماً من جهته أيضاً .

(١) جاء فى البحر الرائق لابن نجيم ج ٦ ص ١٦١ : « فللمالك أن يفسخه أو يحيزه لأن للفضولى فسخه فقط حتى لو أجاز المالك لا ينفذ لزوال العقد الموقوف وإنما كان له ذلك ليدفع الحقوق عن نفسه فإنه بعد الإجازة يصير كالوكيل فترجع حقوق العقد إليه فيطالب بالتسليم ويخاصم بالعيب وفى ذلك ضرر به فله دفعه عن نفسه قبل ثبوته وفى البرازية والمشتري فسخ البيع قبل الإجازة تحزراً عن لزوم العقد بخلاف الفضولى فى النكاح ليس له أن يفسخ بالقول ولا بالفعل لأنه معبر محض فبالإجازة تنتقل العبارة إلى المالك فتصير الحقوق منوطة به لا بالفضولى » .

وفى البدائع للكاسانى ج ٥ ص ١٥١ — ١٥٢ : « ولو فسخه البائى (الفضولى) قبل الإجازة انفسخ واسترد المبيع إن كان قد سلم ويرجع المشتري بالثمن على البائع إن كان قد تقدمه ، وكذا إذا فسخه المشتري بنفسه . . . لأن البيع الموقوف لو اتصلت به الإجازة فالحقوق ترجع إلى العاقد فهو بالفسخ يدفع المهددة عن نفسه فله ذلك بخلاف النكاح لأن الحقوق فى باب النكاح لا ترجع إلى العاقد بل هو سفير ومعبّر فإذا فرغ من السفارة والعبارة التحق بالأجنب » . وانظر فى هذا المعنى رد المحتار لابن عابدين ج ٤ ص ١٤٨ وفتح القدير ج ٥ ص ٣١٢ وتبيين الحقائق للزيلعى ج ٤ ص ١٠٦ .

وكذلك فإنه يكون لازماً من جهته إذا كان بغير حضرته وبلغه أن ملكه قد بيع بدون إذنه فسكت عاماً من وقت علمه فإن مضى وهو ساكت سقط حقه (١).

وبالمقارنة بين رأى كل من الحنفية والمالكية ، فإننا نفضل ما جرح إليه الحنفية ، إذ أن فى تقرير حق الفسخ لكل من الفضولى والمشتري والمالك نفسه تحقيقاً لنوع من الحماية قصد بها عدم لزوم العقد فى حق المشتري ودفع العهدة والحقوق قبل لزومها عن الفضولى ، وعدم خروج شىء من ملك المالك الحقيق دون رضاه ، وهذا يتفق مع مبدأ الرضاية الذى هو أصل عام فى جميع العقود .

الفرع الثانى

فسخ العقد القابل للإبطال قبل الإجازة فى القانون

العقد القابل للإبطال فى فقه القانون كعقد ناقص الأهلية ومعيب الإرادة، وعقد البائع لملك الغير الذى ورد النص عليه فى المادة ٦٦٤ وما بعدها من التقنين المدنى المصرى الحالى يعتبر عقداً منتجاً لآثاره كالعقد الصحيح إلى أن يتقرر بطلانه ، أو أن ترد عليه الإجازة فتقوى عوامل الصحة فيه وتؤكد ما أنتجه من آثار ، فإذا كان عقد بيع لملك الغير مثلاً أنتج جميع آثاره فيما عدا الآثار التى يحول دون قيامها عدم ملكية البائع للبيع ، فيترب عليه

(١) جاء فى الشرح الكبير للدردير ج ٣ ص ١٢ : « ووقف ملك غيره أى ييم ملك غير البائم على رضا مالكة إذا لم يعلم المشتري بأن البائم فضولى بل ولو علم المشتري بذلك وهو لازم من جهته منحل من جهة المالك ويطلب الفضولى فقط بالثمن لأنه بإجازته يبعه صار وكيلًا وعمل كونه منحلًا من جهة المالك إذا لم يكن البيع بحضرته وإلا كان البيم لازماً من جهته أيضاً ، وكذا بغيرها إذا بلغه ذلك وسكت عاماً ولا يعذر بحمل فى سكوته إذا ادعاه وعمل مطالبة الفضولى بالثمن مالم يمض عام فإن مضى وهو ساكت سقط حقه هذا إن بيع بحضرته وإن ييم بغيرها مالم تمض مدة الحيازة عشرة أعوام » .

التزام البائع للملك الغير بنقل ملكية المبيع إلى المشتري والتزامه بتسليم المبيع وبضمان الانتفاع به انتفاعاً هادئاً كاملاً، والتزام المشتري بدفع الثمن ونفقات العقد وتسليم المبيع فيجوز للمشتري مطالبة البائع بنقل الملكية إليه ، كما يجوز له مطالبته بتسليمه المبيع ، وكذلك يجوز للبائع مطالبة المشتري بدفع الثمن وتسليم المبيع مادام لم يحكم بطلان البيع .

ويتربط على التزام بائع ملك الغير بالضمان ، أنه لا يجوز له أن يتعرض للمشتري في انتفاعه بالعين المبيعة ولا أن يستردها منه بحجة التزامه بردها إلى مالكها أو بحجة استحقاقه لها بعد البيع من طريق الإرث أو الوصية أو غيرهما لأن من التزم بالضمان لا يجوز منه التعرض ^(١) .

وعلى هذا فإذا لم يقر أحد المتعاقدين في عقد بيع ملك الغير وهو قابل للإبطال بنص خاص هو نص المادة ٦٦٤ من التقنين المدني المصري ساقطة البيان بتنفيذ التزامه ، فإنه يحق للآخر أن يطلب فسخ العقد وفقاً للمبادئ العامة المقررة في القانون والتي قضت بها المادة ١٥٧ من التقنين المذكور ، التي تنص على أنه :

١ — « في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه مع التعويض في الحالتين إن كان له مقتض » .

٢ — « ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلاً إذا اقتضت الظروف ذلك ، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام في جملة » .

ومؤدى ذلك أن الفسخ مشروط بشروط ثلاثة هي :

١ — أن يكون العقد ملزماً للجانبين .

(١) موجز البيع والإيجار للدكتور سليمان مرقس ص ١١٧ فقرة ٨٤ طبعة ١٩٥٨ م .

- ٢ — ألا يقوم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه .
٣ — أن يكون المتعاقد الآخر الذى يطلب الفسخ مستعداً للقيام بالتزامه من جهة أخرى^(١) .

المطلب الثانى

هلاك المحل أو الثمن قبل الإجازة فى الشريعة وما يقابله فى القانون

الفصل الأول

هلاك المحل أو الثمن قبل الإجازة فى الشريعة
إذا هلك الشيء المتصرف فيه تصرفاً موقوفاً أو ثمنه قبل الإجازة بأفة
سماوية أو بقوة قاهرة فعلى من تقع تبعته الهلاك ؟
هذا ما نوضحه فيما يلى :

أولاً — هلاك محل التصرف الموقوف :

إذا هلك الشيء المتصرف فيه تصرفاً موقوفاً قبل الإجازة فى يد مالكه،
فإن تبعته الهلاك تقع على المالك بطبيعة الحال لأنه هلك فى يده بفعل
لا يوجب الضمان .

أما إذا حصل الهلاك والشيء فى يد غير يد المالك كأن هلك الشيء فى يد
الفضولى الذى باعه أو فى يد المشتري فعلى من تقع تبعته الهلاك ؟
إذا هلك الشيء فى يد الفضولى قبل الإجازة فإن العقد يبطل ولا تلحقه

(١) انظر فى بيان ذلك الأستاذ الدكتور السهورى فى الوسيط ج ١ ص ٦٩٨
وما بعدهما .

الإجازة ، ولا ضمان على أحد^(١) .

ولإذا هلك الشيء في يد المشتري قبل الإجازة فإن الإجازة لا تجوز ، وللمالك تضمين أيهما شاء : الفضولي أو المشتري وأيهما اختار تضمينه ملكه وبريء الآخر من الضمان لأن التضمين يتضمن التملك^(٢) .

فإن ضمن المشتري بطل البيع لأن القيمة كالعين فأخذ القيمة كأخذ العين ، ويحق للمشتري الرجوع على الفضولي (البائع) بالثمن .

وإن اختار المالك تضمين البائع الفضولي فيفرق بين حالتين :

الحالة الأولى : إن كان الفضولي قد قبض المبيع من مالكه مضموناً عليه — كأن يكون قد قبضه بدون إذن مالكه وهو في هذا كالمغاصب — فإنه يكون قد ملكه بال ضمان مستنداً إلى وقت القبض أى إلى وقت سابق على صدور البيع إلى المشتري فيكون البيع قد صدر من مالك فينفذ .

الحالة الثانية : إن كان الفضولي قد قبض المبيع من مالكه أمانة في يده فيكون وقت أن باعه للمشتري غير مالك ، وإنما وجب الضمان عليه بتسليمه للمبيع للمشتري بعد صدور البيع فلا ينعقد البيع لتأخر سبب ملكه عن عقد

(١) جاء في فتح القدير ج ٥ ص ٣١٣ « ولو هلك المبيع قبل الإجازة وقبل التسليم فلا ضمان على أحد » .

(٢) انظر في هذا البحر الرائق لابن نجيم ج ٦ ص ١٦٢ وفتح القدير ج ٥ ص ٣١٣ ، وجامع الفصولين ج ١ ص ٢٣٢ . وجاء في رسالة الدكتور محمد زكي عبد البر عن نظرية تحمل الثبنة في الفقه الإسلامي ص ٧٣ : « فإذا هلك المبيع في مدة الوقف فإنه لا يسرى في هذه الحالة حكم العقد بل يسرى حكم هلاك العين في يد مالكها قبل القبض وفي يد غير مالكها بعد القبض فيهلك في الحالة الأولى على مالكه وفي الثانية يكون مضموناً بقيمته لا بثمنه ، لأنه قبضه على جهة التملك بموض فهو كالمقبوض على سوم الشراء وهو مضمون بقيمته ، ولو كان الضمان مرجعه العقد لكان مضموناً بثمنه لا بقيمته » . وانظر له مقالاً عن العقد الموقوف ص ٣٩ .

البيع ويرجع الفضولى على المشتري بالقيمة لأن المشتري تسلم المبيع فملك عنده وبده يد ضمان^(١).

ثانياً — هلاك الثمن :

إذا كان الهالك هو الثمن فيما أن يكون عرضاً وإما أن يكون نقداً . فإن كان عرضاً ، فإن كان هلاكه قد حصل قبل الإجازة فى يد الفضولى فإن العقد يبطل ولا تلحقه الإجازة ويضمن للمشتري مثل عرضه إن كان مثلياً وقيمته إن كان قيمياً .

وإن كان غير عرض فإنه قبل الإجازة يبقى على ملك المشتري فإذا هلك فى يد الفضولى فقد قيل إن الأصح أنه يضمنه إن لم يعلم المشتري أنه فضولى وقت الأداء ، وقيل إنه أمانة مطلقاً أى سواء هلك قبل الإجازة أم بعدها ويقول الفقهاء فى تبرير ذلك إن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة فالفضولى بالإجازة اللاحقة يصير كالوكيل ، فيكون الثمن فى يده أمانة قبل الهلاك من حين قبضه فإذا هلك فإنه يهلك على المجهز^(٢) .

(١) جاء فى جامع الفصولين ج ١ ص ٢٣٢ : « فى الفضولى لو هلك المبيع قبل الإجازة فإن هلك قبل قبض المشتري بطل العقد وإن هلك بعد لم يجز بالإجازة والمالك أن يضمن أيهما شاء وأيهما اختار تضمينه يبرأ الآخر ، لأن فى التضمن تملكاً منه فإذا ملكه من أحدهما لا يقدر أن يملكه من غيره ، فإن ضمن المشتري بطل العقد لأن أخذ القيمة منه كأخذ العين والمشتري أن يرجع على البائع بثمنه لا بما ضمن البائع : فإن كان قبض البائع مضموناً عليه بالتسليم نفذ بيعه بضمانه لأن سبب ملكه تقدم عقده ، وإن كان قبضه أمانة وإنما صار مضموناً عليه بالتسليم لا ينفذ بيعه بضمانه ، لأن سبب ملكه متأخر عن عقده ، وذكر محمد رحمه الله تعالى فى ظاهر الرواية أن البيع يجوز بتضمن البائع وقيل تأويله أنه سلمه أولاً حتى صار مضموناً عليه ثم باعه فصار كمنصوب » . وانظر أيضاً رد المحتار لابن عابدين ج ٤ ص ١٤٧ - ١٤٨ والبحر الرائق لابن نجيم ج ٦ ص ١٦٢ وفتح القدير ج ٥ ص ٣١٣ .

(٢) جاء فى جامع الفصولين ج ١ ص ٢٣٢ : « هلك الثمن فى يد الفضولى ولم يجز للمالك بيعه فإن علم المشتري وقت أداء الثمن أنه فضولى فإنه يهلك أمانة وإلا فيضمن » . وانظر أيضاً البدائع للسكاسانى ج ٥ ص ١٥١ والبحر الرائق ج ٦ ص ١٦٠ ومقال العقد الموقوف السابق ص ٤٠

الفرع الثاني

هلاك محل العقد القابل للإبطال

في القانون

من القواعد المقررة قانوناً اشتراط وجود محل الالتزام أو العقد إذا كان محله نقل حق عيني وذلك وقت نشوء الالتزام ، أو أن يكون هذا المحل يمكن الوجود بعد ذلك .

فإذا وجد الشيء ثم هلك قبل نشوء الالتزام فإن الالتزام لا يقوم ، أما إذا هلك بعد نشوء الالتزام ، فإن الالتزام يكون قد قام وقت نشوئه على محل موجود ويكون العقد بعد ذلك قابلاً للفسخ إذا تسبب عن هلاك الشيء عدم قيام أحد المتعاقدين بما التزم به (١) .

فإذا حصل هلاك محل العقد مثلاً في بيع ملك الغير وهو من العقود القابلة للإبطال بنص خاص هو نص المادة ٤٦٦ من التقنين المدني المصري الحالي فعلى من تقع تبعة الهلاك ؟

إذا هلك المبيع قبل العقد فإن البيع لا ينعقد بين البائع والمشتري لانعدام محله سواء أكان الهلاك مادياً كما في بيع جواد نفق أو ثوب احترق أو كان قانونياً كما في بيع دين ثم وفاؤه أو حق انتفاع انقضى أو إجارة انتهت مدتها (٢) . ويستوى في هذا أن يكون الهلاك بفعل البائع أو بفعل المبيع أو بآفة سماوية .

وإذا هلك بعض المبيع فقط كان المشتري بالخيار بين ترك المبيع أو

(١) الوسيط للأستاذ الدكتور السنهوري ج ١ ص ٣٧٦ ، ومصادر الالتزام للدكتور

العدة ص ٢٣٤ طبعة ١٩٦٠ م .

(٢) موجز البيم والإيجار للدكتور سليمان مرقس ص ٩٥ .

أخذ الباقي من المبيع في مقابل ما يوازيه من الثمن^(١) .

وإذا هلك المبيع في يد البائع قبل أن يسلمه لسبب لا يد للبائع فيه انفسخ البيع واسترد المشتري الثمن ، فالهلاك يكون على البائع إلى حين التسليم إلا إذا كان الهلاك قد حصل بعد إعدار المشتري لتسلم المبيع .

وهذا ما تضمنه نص المادة ٤٣٧ من التقنين المدني المصري الحالي التي تنص على أنه : إذا هلك المبيع قبل التسليم لسبب لا يد للبائع فيه انفسخ البيع واسترد المشتري الثمن إلا إذا كان الهلاك بعد إعدار المشتري لتسلم المبيع .

ومقتضى ذلك أن تبعة الهلاك تكون على البائع إلى حين التسليم باعتباره مديناً في الالتزام الذي هلك محله وذلك تطبيقاً لأحكام المادة ١٥٩ من هذا التقنين والتي تنص على أنه : « في العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة له ويفسخ العقد من تلقاء نفسه » .

ويستوى في ذلك أن يكون المبيع قيمياً أو مثلياً أو أن يكون المثلي مبيعاً بالجزاف أو بالوزن أو بالعدد أو بالكيل أو بالمقاس^(٢) .

(١) انظر في هذا المادة ١٦٠١ من القانون المدني الفرنسي .

(٢) انظر في هذا موجز البيع والإيجار للدكتور سليمان مرقس ص ٥٧١ فقرة ٤٠٨ .

المطلب الثالث

طروء الملك البات على الملك الموقوف في الشريعة وما يقابله في القانون

الفصل الأول

طروء الملك البات على الملك الموقوف في الشريعة

من القواعد المقررة عند الأحناف أنه إذا طرأ ملك بات على ملك موقوف أبطله فإذا صار الفضولي مالكا للبيع بعد صدور البيع منه فإن بيعه يبطل ، وله بعد أن يصبح مالكا أن ينقل الملك للمشتري بعقد مبتدأ لا بإجازة العقد الأول ، ولكن البيع في هذه الحالة يكون جائزاً إذا تقدم سبب الملك على البيع^(١) .

فقتضى هذه القاعدة هو أن الملك الموقوف لا يقوى على معارضة الملك البات فتكون النتيجة الطبيعية هي بطلان الملك الموقوف لحدوث الملك البات ، فإذا باع المالك قبل الإجازة ما باعه الفضولي فإن بيع المالك يبطل بيع الفضولي وكذلك بيع الولي أو الوصي إذا طرأ على بيع المحجور عليه فإنه يبطله .

(١) جاء في الفتاوى الهندية ج ٣ ص ١١١ : « ومن باع ملك غيره ثم اشتراه وسلم إلى المشتري لم يحز ويكون باطلا لا فاسداً ، وإنما يجوز إذا تقدم سبب ملكه على بيعه حتى إن الغاصب إذا باع المصوب ثم ضمنه المالك جاز بيعه ، ولو اشتراه الغاصب من المالك أو وهبه منه أو ورثه منه لا ينفذ بيعه قبل ذلك » . وجاء في رد المختار لابن عابدين ج ٤ ص ١٤٩ : « وأما عدم نفاذ البيع بعد إجازة المالك لبيع الغاصب فبطلانه بالإجازة لأنه يثبت بها الملك للمشتري يائاً والملك البات إذا ورد على الموقوف أبطله وكذا لو وهبه موله للغاصب أو تصدق به عليه أو مات فورته فهذا كله يبطل الملك الموقوف وأورد عليه أن بيع الغاصب ينفذ بأداء الضمان مع أنه طرأ ملك بات للغاصب على ملك المشتري الموقوف ، وأجيب بأن ملك الغاصب ضروري ضرورة أداء الضمان فلم يظهر في إبطال ملك المشتري » . وانظر في هذا المعنى المبسوط للسرخسي ج ٣ ص ١٥٣ والفتاوى الأتقوية ج ١ ص ٢٥٢ وتبيين الحقائق للزيلعي ج ٤ ص ١٦٠ وفتح القدير ج ٥ ص ٣١٤ ونجم الأنهر في شرح ملتقى الأبحر ج ٢ ص ٧٣ .

وقد وجدت لهذه القاعدة كلاماً عند الحنابلة في باب الزواج فقد جاء في المغني لابن قدامة^(١) : « ومتى تزوجت الأمة بغير إذن سيدها ثم خرجت من ملكه قبل الإجازة إلى من تحل له انفسخ النكاح لأنه قد طرأت استباحة صحيحة على موقفه فأبطلتها ولأنها أقوى فإزالت الأضعف . »

ويفرق المالكية بين ما إذا ملك الفضولي المبيع بالميراث فينتقل ما كان لمورثه له فيصح له أن ينقض البيع الصادر منه قبل انتقال الملك بالميراث وبين ما إذا ملك المبيع بسبب آخر غير الميراث كالبيع والهبة والصدقة فيصح البيع الصادر منه ولا يجوز له نقضه . وبهذا يكون المذهب المالكي على خلاف المذهب الحنفي فيما إذا صار الفضولي مالكا للمبيع بسبب غير الميراث بعد صدور البيع منه ففي المذهب الحنفي يبطل البيع استناداً إلى القاعدة سالفة الذكر ويصح في مذهب مالك^(٢) .

والواقع أن قاعدة طروء الملك البات على الملك الموقوف فيبطل الأخير على النحو الذي ذهب إليه الأحناف، ومن وافقهم، لو أخذنا بها على هذا الإطلاق فإن ذلك سيؤدي إلى أن يضيق التعامل بذلك فالفضولي إذا أصبح مالكا للمبيع بعد صدور البيع منه فإن بيعه يبطل ولا يستطيع بعد أن أصبح مالكا أن ينقل الملك للمشتري بإجازة العقد الذي صدر منه إلا بعقد مبتدأ جديد، وكان من الأفضل أن يقال إن إجازة البيع الصادر من

(١) انظر المغني لابن قدامة ج ٦ ص ٤٧٥ .

(٢) جاء في حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ٣ ص ١١ : « وللقاصب إذا باع الغصوب قبل ملكه من ربه نقض بيع ما باعه أو وهبه أو أعتقه أو وقفه وإن ورثه من الغصوب منه لا تنقل ما كان لمورثه له لا إن اشتراه من الغصوب منه بعد أن باعه أو ملكه بهبة أو صدقة من الغصوب منه فليس له النقض ... من فروع هذه المسألة شريك في دار باعها كلها تعدياً ثم ملك حظ شريكه فإن ملكه يارث رجح فيه ويأخذ نصيبه بالشفعة وإن ملكه بشراء أو صدقة فلا رجوع له . »

الفضولى تستند إلى وقت صدور هذا البيع ، فيكون ملك المشتري باتاً من هذا الوقت فلا يبطل الملك الموقوف .

الفرع الثانى

ما يقابل فكرة طرء الملك البات على الملك الموقوف
فى القانون

هذه القاعدة لا نظير لها فى فقه القانون ، بل إن القاعدة فيه بالنسبة للعقد القابل للإبطال تغاير ما ذهب إليه الحنفية ومن وافقهم من فقهاء الشريعة فى هذا الخصوص ، ففيه إذا باع شخص ملك غيره ثم أصبح مالكا للبيع فإن بيعه يصبح نافذاً بصفة نهائية ولا يبطل ، كما تقتضى بذلك القاعدة سالفة الذكر .

فالقابلية للإبطال تزول - فى حالة بيع ملك الغير - فى الحالات الآتية :

١ - إقرار المالك للعقد : وعلى هذا نصت المادة ٦٧/١ من التقنين المبدئى المصرى فقالت : « إذا أقر المالك البيع سرى العقد فى حقه وانقلب صحيحاً فى حق المشتري » . إذ أنه لا مصلحة للمشتري فى طلب الإبطال بعد ذلك ، ذلك أن مقتضى سريان البيع فى حق المالك نتيجة لإقراره له أن يصبح البيع صالحاً لأن تثقل به الملكية إلى المشتري ، على أنه يشترط لإسقاط حق المشتري فى طلب الإبطال أن يكون المالك قد أقر البيع قبل أن يرفع المشتري دعوى الإبطال ، أما الإقرار اللاحق لرفع الدعوى فلا يمنع من الاستمرار فيها والحكم بإبطال العقد .

٢ - تملك البائع للبيع بعد صدور العقد ، فإن العقد ينقلب صحيحاً فى حق المشتري إذ لا مصلحة له فى طلب الإبطال بعد أن زال المانع الذى كان يحول دون انتقال الملكية إليه .

٣ — إجازة المشتري للعقد : لما كان الحق في الإبطال مقررأ لمصلحة المشتري فإن مقتضى ذلك أن يكون له التنازل عنه بالإجازة ، ويشترط لكي يترتب على الإجازة تصحيح العقد أن يكون المشتري عالماً وقت إجازته للعقد بما يشوبه من عيب أى أن يكون عالماً بأن المبيع مملوك للغير .

٤ — التقادم : يسقط حق الإبطال ويصبح العقد نافذاً بصفة نهائية طبقاً للقواعد العامة بالتقادم بإحدى مدتين أيهما أقصر ، إما بخمس عشرة سنة من وقت التعاقد ، وإما بثلاث سنوات من الوقت الذى يعلم فيه المشتري أن المبيع غير مملوك للبائع ، ويترتب على ذلك أنه إذا كان المشتري سيء النية أى يعلم وقت التعاقد أن البائع غير مالك فإن مدة الثلاث سنوات تبدأ من وقت التعاقد ولا يكون هناك محل لتطبيق مدة التقادم الطويل^(١).

المطلب الرابع موت المجهز قبل الإجازة

الفرع الأول

موت المجهز قبل الإجازة فى الشريعة

إذا مات من له حق الإجازة شرعاً قبل أن يجيز التصرف الموقوف كالمالك فى حالة بيع الفضولى لمال الغير أو هبته أو رهنه أو إجارته فهل ينتقل حق الإجازة إلى وارثه ؟

ذهب الحنفية إلى أنه ليس للوارث الحق فى أن يجيز هذا التصرف لأنه لم يكن ذا شأن وقت أن صدر التصرف الموقوف من الفضولى ومن فى

(١) انظر فى هذا الوجيز فى عقد البيع للأستاذ الدكتور إسماعيل غانم ص ٢٢ — ٢٨ طبعه ١٩٦٣ م . وشرح أحكام عقد البيع للدكتور محمد لبيب شنب ص ٨٥ — ٨٧ طبعه ١٩٦٨ م .

حكمه بمن يعتبر تصرفهم موقوفاً على الإجازة، وإنما كان الشأن لمورثه فلا يصح حينئذ اعتبار الفضولي ذا ولاية في تصرفه عند حدوثه إذا ما أجازاه الوارث بعد وفاة المالك لأنه لو اعتبر كذلك لكان في وضع يعد فيه وكيلًا عن الوارث، وليس للوارث في هذه الحالة حينئذ من الشأن إلا ما للفضولي نفسه، وإذن فهو لا يستطيع أن يمدّه بولاية ليست له، ولا يملك أن يملكه ما لا يملك. وبناء عليه فلا يلتزم حق إجازة تصرف الفضولي إلى وارث المالك بوفاته بل يبطل العقد بموت ذى الشأن (١).

وقد يمكن الاعتراض على هذا بأن حق إجازة التصرف الموقوف في مثل هذه الحالة إنما هو أثر من آثار المالك ونتيجة لثبوته، ولذلك كان من المعقول القول بانتقاله إلى الوارث تبعاً لانتقال الملك إليه، فيصير أمر إجازة العقد وإنفاذه إليه بعد وفاة مورثه إن شاء رضى به فأجازاه وأنفذه، وإن شاء رفضه فأبطله واستقر لنفسه المال الذى ورثه. ويرد الأحناف على ذلك، بأن هذا الحق صار ملحوقاً بالحق الشخصى فى الحكم لأنه مختص بمن له الملك أو الولاية وقت صدور التصرف الموقوف.

هذا والقول بعدم صحة التصرف الموقوف بإجازة الوارث يعتبر حكماً عاماً بالنسبة لكل تصرف يباشره من ليست له ولاية التصرف ولم يحزه من له حق الإجازة شرعاً قبل موته، وإلى هذا ذهب محمد بن الحسن. وخالفه في

(١) جاء فى فتح القدير ج ٥ ص ٣١٢ — ٣١٣ : « ولو ملك المالك لا ينفذ بإجازة الوارث ... وهو بخلاف القسمة عند أبى حنيفة وأبى يوسف فإن القسمة الموقوفة على إجازة الغائب للكبير جازت بإجازة ورثته بعد موته استحساناً لأنه لا فائدة فى نزع القسمة ثم الإعادة ، وقول محمد القسمة مبادلة كالبيع فلا تجوز بإجازة ورثته هو القياس والاستحسان مقدم » .

وانظر الفقه الإسلامى طبعة ١٩٥٥ م ص ١٧٧ — ١٧٨ للأستاذ محمد سلام مذكور فقد جاء فيه : « والحقوق إذا كانت مجرد مشيئة فلا تورث إلا ما كان منها حقاً لفقار على عقار كما فى الغرب والورور » . وانظر أيضاً الميراث للأستاذ محمد زكريا البردبسى صفحة ٢١ — ٢٢ .

ذلك أبو حنيفة وأبو يوسف^(١) فاستثنيا من هذا الحكم القسمة إذا باشرها الفاضل ثم يموت المالك الشريك قبل إجازتها فقد جعلنا لوارثه حينئذ حق إجازتها استحساناً لحاجة الشركاء إليها غالباً ، ولأن القسمة في الواقع عبارة عن الإفراز ، ولذا ما تم فتميزت أنصباة الشركاء فلا فائدة بعد ذلك من نقضه وإبطاله بمزج الأنصباة وخلطها ثم الرجوع إليه نفسه بعد ذلك . فإذا تحقق الإفراز بمباشرة الفاضل فأقره وارث الشريك بعد وفاته اعتبر ذلك تعييناً منه للملك وإرشاداً إليه بموافقة سائر الشركاء ، وذلك لضعف معنى التبادل والمعاوضة في القسمة وعدم الالتفات إليه فيها تصدأ ، لأن عمل الإفراز إنما يعتمد المعرفة والعلم بالحساب أكثر مما يعتمد على الولاية ، وهذا هو السبب في استثناء القسمة عندهما وإعطاء وارث الشريك حق إجازتها بعد موت مورثه .

هذا هو مذهب الحنفية في عدم انتقال حق إجازة التصرف الموقوف إلى الوارث ولعل مرجع ذلك هو أنهم لا يرون وراثته الحقوق إذا كانت مجرد رغبة ومشية ومختصة بمن له الملك أو الولاية .

وفي فقه المالكية ينتقل حق إجازة العقد الموقوف إلى الوارث فهم يقولون بمرئيات التوارث في الحقوق المتعلقة بالمال كحق الإجازة والإبطال وكحق الشفعة . وعلى ذلك فإذا لم يحز المالك قبل وفاته التصرف الموقوف ، كأن يتوفى بعد أن يعلم بالتصرف وقبل أن يتمكن من إجازته أو رفضه ، أو كأن يتوفى قبل أن يعلم به ، فإن وارثه يقوم مقامه فيما ينفذ به العقد وما به يبطل فهو يتبع الملك عند انتقاله بالميراث أينما انتقل^(٢) .

(١) انظر في بيان ذلك فتح القدير ج ٥ ص ٣١٢ .

(٢) جاء في شرح الحرشي على مختصر خليل ج ٥ ص ١٧ : « ولأننا صنف نقض ما باعه إلى ورثته لا ما اشتراه يريد أن الناصب إذا باع ما غصبه لشخص ثم ورثه من ربه فإن له نقض البيع الصادر منه قبل الإرث لا انتقال ما كان لمورثه إليه وقد كان لمورثه النقض ولهذا لو تعدى شريك في دار فباعها جميعاً ثم ورث حظ شريكه فله نقض البيع في حصة غيره وأخذ حصته بالشفعة ... قال في سماع سمحون من كتاب النصب ومنه يؤخذ أنه لا خصوصية للناصر بما »

ويتفق مع المالكية في هذا الرأي الشافعية والحنابلة فهم يرون التوسع فيما ينتقل بالورثة عن الميت إلى الوارث فيورثون الحقوق على العموم التي لها شبه بالمال كحق إجازة العقد المشروط فيه الخيار^(١) ما عدا الحقوق التي هي لصيقة بالشخص وليست في معنى المال كحق الحضانة فهم في هذا يتفقون مع الحنفية ، كما يتفق جمهور الفقهاء على أن الحقوق التي هي في معنى المال كحق الارتفاق والتعلي وحق الشرب والمسيل تورث .

ومن ثم فإننا نخلص إلى أن هناك رأيين في انتقال حق الإجازة إلى الوارث إذا مات المورث قبل أن يجيز التصرف الموقوف :
رأى يقول بعدم انتقاله وإلى هذا جنح الحنفية .
ورأى يقول بانتقاله وهو رأى جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة .

أولاً الرأي الأول :

١ — الورثة حكم شرعي لا يثبت إلا بالنص وقد ورد النص في المال دون الحقوق فقد صح عندهم أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال : « من ترك

ذكر إل يجرى ذلك في بيع كل فضولي فإن تسبب في إدخاله في ملكه فإن اشتراه أو قبله بهية أو نحوها من ربه بعد أن باعه فليس له نقض بيعه الصادر منه قبل ذلك على المشهور » .
وانظر في نفس المعنى شرح عبد الباقي الزرقاني على مختصر خليل ج ٦ ص ١٨ — ١٩ .

(١) جاء في المجموع في فقه الشافعية ج ٩ ص ٢٠٩ : قال القاضي حسين حيث أثبتنا خيار المجلس أو الشرط للوارث وكان واحداً فإن قال أجزته انبرم العقد وإن قال فسخته انفسخ .
وفي نفس المرجع ج ٩ ص ٢١١ : « إذا مات صاحب الخيار وقبلنا ينتقل إلى الورثة فكانوا أطفالاً أو مجانين قل الروائي وغيره ينصب القاضي فيما يفعل ما هو المصلحة من الفسخ والإجازة كما لو جن صاحب الخيار » .

وانظر في فقه الحنابلة للنبي لابن قدامة ج ٤ ص ٦٩ — ٧٠ .
وانظر في بيان انتقال الحقوق إلى الورثة أو عدم انتقالها الوصايا في الفقه الإسلامي لأستاذنا محمد سلام مذكور طبعة ١٩٥٨ م ص ٥٩ — ٦٠

مالاً فلورثته ، (١) . فهم قد خصصوا المال بالذكر والشخص بالذكر يدل على نفي الحكم عما عداه فلا يورث ما عدا المال من الحقوق كحق الإجازة . ويرد على الحنفية بأن التخصيص بالذكر لا يدل على نفي الحكم عما عداه فتخصيص الإرث بالمال لا يدل على نفي الإرث في الحق .

٢ - حق الإجازة من الحقوق التي هي مجرد رغبة ومشية وما كان كذلك فإنه يعتبر حقاً شخصياً فلا ينتقل إلى الوارث فغلبت الناحية الشخصية على الناحية المالية فيها ، فتنتهي بمجرد وفاة صاحب الحق ولأن التوقف إنما كان على إجازة المورث نفسه فلا يجوز بإجازة غيره (٢) .

ويمكن أن يرد على هذا المعقول على فرض تسليمه بقوله صلى الله عليه وسلم : « من ترك مالا أو حقاً فلورثته » . ومن ثم فإنه يسقط استدلالهم بهذا المعقول إذ لا معقول في مقابلة النص .

أدلة الرأي الثاني :

١ - استدلوا بالحديث السابق وهو قوله صلى الله عليه وسلم : « من ترك مالا أو حقاً فلورثته » (٣) .

فكل ما يتركه المتوفى من أموال أو حقوق يورث عنه ويقوم وارثه مقامه . فلفظ الحديث عام يطلق على كل حق وكل مال ، لا فرق بين ما تعلق

(١) انظر في هذا المرشاد السارى لشرح صحيح البخارى للقسطلانى ج ٩ ص ٥١١ طبعة ١٩٤٣ م .

(٢) جاء في الهداية ج ٥ ص ٣١٢ - ٣١٣ : « ولو هلك المالك لا ينفذ بإجازة الوارث لأنه توقف على إجازة المورث لنفسه فلا يجوز بإجازة غيره » .

(٣) جاء في الفروق للقرافى من المالكية ج ٣ ص ٢٧٥ - ٢٧٦ الطبعة الأولى ١٣٤٦ هـ : « اعلم أنه يروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : « من مات عن حق فلورثته » وهذا اللفظ ليس على عمومته بل من الحقوق ما ينتقل إلى الوارث ومنها ما لا ينتقل فن حق الإنسان أن يلعن عند سبب العمان وأن يبقء بعد الإيلاء وأن يعود بعد الظهار ... »

به دين على المتوفى وما لم يتعلق به ، كما أن لفظ من لفظ عام يعم على كل متوفى ترك حقاً أو مالاً .

٢ — حق الإجازة من الحقوق التي لها شبه بالمال ومتعلقة به فالناحية المالية متغلبة فيها فيثبت فيها الإرث كما ثبتت في الأموال .

وبالنظر في أدلة الرأيين وماورد عليها من مناقشات ، فإننا نرجح القول بانتقال حق الإجازة إلى الوارث ، وهو الرأي الثاني لأن فيه تيسيراً على الناس . فإذا قام الإنصاف بتصرف لغيره تفضلاً ومعونة له فإن ذلك يكون موقوفاً على إجازة ذى الشأن أو المالك كما في حالة بيع ملك الغير فإن أجازته نفذ وإن رفضه بطل ، وإذا مات قبل أن يجيز أو يرفض قام وارثه مقامه في ذلك لأنه صار صاحب الشأن ، وإليه يعود خير العمل وثمراته وقد خلف المورث فيما كان له ، وكان للمورث حق إجازته وإنفاذه لأنه لا يعدو أن يكون حقاً مالياً لما يترتب عليه من التملك فكانت الناحية المالية متغلبة فيه ، فوجب لذلك أن يورث ، ولأن المال ينتقل إلى الوارث انتقالاً جبرياً فينتقل إليه بجميع حقوقه ومنها حق الإجازة .

إفزع الثاني

موت المجيز قبل الإجازة في القانون

إذا مات من له حق الإجازة أو الإبطال قبل أن يجيز أو يطلب إبطال العقد فهل ينتقل هذا الحق إلى وارثه ؟

❧ وإذا جعل المتبايعان له الخيار فن حقه أن يملك إمضاء البيع عليهما ونسخه ومن حقه ما فوض إليه من الولايات والمناصب كالقصاص والإباحة وغيرها وكالأمانة والوكالة فجميع هذه الحقوق لا ينتقل للوارث منها شيء وإن كانت ثابتة للمورث بل الضابط لما ينتقل إليه ما كان متعلقاً بالمال أو يدفع ضرراً عن الوارث وما كان متعلقاً بنفس المورث وعقله وشهوته لا ينتقل للوارث والسرى الفرق أن الورثة يرثون المال فيرثون ما يتعلق به . »

ليان ذلك يجب الرجوع إلى المبادئ العامة في القانون لمعرفة معنى الخلف العام والخلف الخاص وهل يعتبر الوارث خلفاً عاماً للورث فينتقل إليه ما كان لمورثه من حقوق؟

الخلف العام : نصت المادة ١٤٥ من التقنين المدني المصري الحالي على ما يأتي :

« ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث ، ما لم يتبين من العقد أو من طبيعة التعامل أو من نص للقانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام ، .

فالخلف العام هو من يخلف الشخص في ذمته المالية من حقوق والتزامات أوفى جزء منها باعتبارها مجموعة من المال كالوارث والموصى له بجزء من التركة في مجموعها .

أما الخلف الخاص : فهو من يخلف الشخص في عين معينة بالذات أو في حق عيني عليها كالمشتري يخلف البائع في المبيع ، والموصى له بعين في التركة يخلف فيها الموصى ، والمنتفع يخلف المالك في حق الانتفاع . والخلف سواء أكان عاماً أم خاصاً ينصرف إليه أثر العقد فهو لا يعتبر من الغير .

فإذا كان الخلف عاماً وهو ما يعيننا هنا فإن الحقوق التي ينشئها العقد تنتقل إلى الوارث بعد موت المورث المتعاقد ، أما الالتزامات فيلاحظ في شأنها ما قرره الشريعة الإسلامية من أنه : « لا تركة إلا بعد سداد الديون ، . ومقتضى هذا المبدأ هو أن يبقى الالتزام في التركة دون أن ينتقل إلى ذمة الوارث حتى ينقضي ، ومتى أصبحت التركة خالية من الديون انتقلت ملكيتها إلى الوارث (١) .

(١) وقد عني المشرع في التقنين المدني المصري الحالي بتنظيم تصفية التركة في المواد من ٨٧٥ — ٩١٤ . وانظر في بيان معنى الخلف العام والخلف الخاص الوسيط الأستاذ الدكتور السنهوري ج ١ ص ٥٤٢ وما بعدها .

ريترتب على انصراف أثر العقد إلى الخلف العام أنه يسرى في حقه يسرى في حق السلف في شأن هذا العقد . ومن ثم فإن الإجازة أو 'بطلان ينتقل إلى الوارث' (١) وهذا ما جنح إليه جمهور الفقهاء من المالكية لحنابلة والشافعية كما رأينا .

وبهذا أخذت محكمة النقض فقالت إن حق طلب الإبطال ينتقل إلى لوارث بوصفه خلفاً عاماً يحل محل سلفه في كل ماله وما عليه .

وقد جاء في حكمها : « متى كانت التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر مثل التصرف بالبيع قابلة للإبطال لمصلحة القاصر كما هو حكم المادة ١١١ من لقانون المدني فإن للقاصر في حال حياته أن يباشر طلب الإبطال بواسطة من يمثله قانوناً كما أن هذا الحق ينتقل بعد وفاته لوارثه بوصفه خلفاً عاماً له يحل محل سلفه في كل ماله وما عليه فتؤول إليه جميع الحقوق التي كانت لسلفه ،

(١) ويستثنى من ذلك أحوال أشار إليها نص المادة ١٤٥ تلخيص في الآتي : —

١ — إذا اتفق المتعاقدان على ذلك لأن العقد شرعية المتعاقدين فيجوز أن يفتق المتعاقداه في عقد البيع على أن يمنع المشتري أجلاً لسداد الثمن دون أن ينتقل هذا الحق إلى ورثته .

٢ — إذا كانت طبيعة الحق أو الالتزام الناشئ عن العقد تاتي أن ينتقل من المتعاقدين إلى خلفه العام وقد يكون المانع من الانتقال قانونياً أو مادياً فإذا حصل شخص على حق انتفاع بموجب عقد فإن هذا الحق لا ينتقل من بعده إلى ورثته لأن حق الانتفاع تقضى طبيعته القانونية بأن ينقضى بموت صاحبه .

٣ — إذا كان هناك نص في القانون يقضى بالا ينصرف أثر العقد إلى الخلف العام وقد نص القانون على ذلك في مسائل يفهم من ظروفها أن المتعاقدين قد أرادا هذا ضمناً فمن ذلك ماقتضت به المادة ٦٠٢ من أن الإيجار ينقضى بموت المستأجر إذا لم يعقد إلا بسبب حرفته أو لاعتبارات أخرى تتعلق بشخصه « . وكذلك ماقتضت به المادة ٦٢٦ من أن المزارعة تنقضى بموت المزارع « . وماقتضت به المادة ٧١٤ من أن الوكالة تنقضى بموت الموكل أو الوكيل (انظر في بيان ذلك كله الوسيط للأستاذ الدكتور السهوري ج ١ ص ٤٣ — ٤٤) .

وإذا كان موضوع طلب الإبطال تصرفاً مالياً فإنه بهذا الوصف لا يكون حقاً شخصياً متعلقاً بشخص القاصر بحيث يمتنع على الخلف العام مباشرته،^(١).

وإذا كان حق الإبطال على هذا النحو ينتقل إلى الوارث باعتباره حقاً متعلقاً بالمال . وله أن يطلب إبطال العقد بعد وفاة المورث فإن له من باب أولى أن يتنازل عن دعوى الإبطال بالإجازة ، فيصبح العقد باتاً ، لأن الإجازة لاتضيف إلى العقد جديداً وإنما تقوى فيه عوامل الصحة وتؤكد ما أنتجه من آثار في الفترة ما بين العقد وصدور الإجازة .

وبالقول بانتقال حق الإبطال إلى الوارث أخذ المشرع في قانون الموجبات والعقود اللبناني فنصت المادة ٢٣٤ منه على أن : « الحق في إقامة دعوى الإبطال لا يكون إلا للأشخاص الذين وضع القانون البطلان لمصلحتهم أو لحمايتهم ، ويخرج بوجه خاص عن هذا الحكم الذين عاقدوا هؤلاء الأشخاص ويلتقل هذا الحق إلى ورثة صاحبه » .

(١) حكم محكمة النقض في ٢٧/٢/١٩٥٨ م بمجموعة أحكام محكمة النقض س ٩ رقم ١٩
صفحة ١٦١ .

الفصل الثاني

حكم العقد الموقوف بعد الإجازة وما يقابله في القانون

تمهيد :

إذا أجزى العقد الموقوف إجازة معتبرة شرعاً نفذ وأنتج أثره مستنداً إلى وقت انعقاده أو مقتصرأ على حال صدور الإجازة على تفصيل في ذلك سنوضحه فيما يلي عند الكلام عن حكم الإجازة ، وإن رفضه من له الحق في ذلك بطل .

ويمكن القول بأن مصير العقد الموقوف ينتهي إلى أمرين :

الأول : إجازته من له الحق شرعاً في ذلك ويترتب عليها نفاذه منذ انعقاده أو مقتصرأ على وقت صدورها .

الثاني : رفض إجازته ويترتب عليه رد التصرف الموقوف واعتباره باطلاً منذ نشوئه .

لهذا كان من الضروري بيان حقيقة الإجازة وأحكامها في فقهى الشريعة والقانون وسنتكلم عن ذلك في مبحث أول .

ثم نتنازل بالبيان رد التصرف الموقوف وما يترتب على رفض الإجازة في مبحث ثان .

كما نبين حكم العقد إذا كان في شق منه نافذاً وفي شق آخر موقوفاً في مبحث ثالث .

المبحث الأول

حقيقة الإجازة

المطلب الأول

التعريف بالإجازة وصيغتها

الفرع الأول

التعريف بالإجازة

التعريف بالإجازة في الشريعة :

الإجازة في اللغة هي إنفاد التصرف وإمضاؤه وجعله جائزاً نافذاً وأجزت العقد جعلته جائزاً نافذاً^(١).

أما في الاصطلاح فهي تصرف شرعي في العقد بالإبقاء ، توجب نفاذه وترتب عليه حكمه إما مستنداً إلى وقت وجوده أو مقتصرأ على حال صدورهما. فللولي أو لناقص الأهلية نفسه عندما يستكمل أهليته أو مالك الشيء في حالة بيع الفضولي لمال الغير حق إجازة التصرف الموقوف^(٢).

(١) جاء في المصباح المنير ج ١ ص ٥٤ الطبعة الأولى ١٣١٥ هـ «كتاب الجيم - الجيم مع الواو وما يثلثهما : جاز المسكان يجوز جوازاً وجوازاً سار فيه وأجاز به بالألف قطعه وأجاز به أنفذه قال ابن فارس وجاز العقد وغيره نفذ ومضى على الصحة وأجزت العقد جعلته جائزاً نافذاً وجاوزت الشيء وجاوزته تعديته وتجاوزت عن الشيء عفت عنه وصفحت » .

(٢) جاء في تكملة فتح القدير ج ٨ ص ٢٢٤ «باب الوصية» : «الإجازة رفع المانع» . وفي الهداية وفتح القدير ج ٥ ص ٣١١ : «الإجازة تصرف في العقد بالإبقاء» . وانظر أيضاً البدائع للكاساني ج ٥ ص ١٥١ .

ويجب التمييز بين الإجازة والإذن^(١) فالأولى هي الرضا بالتصرف بعد وقوعه . أما الإذن فهو الأمر بالتصرف قبل حصوله وكل من ملك الإذن السابق ملك الإجازة اللاحقة ، وقد يملك الإجازة صاحب الشأن الأصلي في التصرف متى كان أهلاً لذلك وقت الإجازة ، كذلك يملك القاضى كلا من الإذن والإجازة إذا تعنت الولي أو الوصى رفعاً للظلم^(٢) .

والإجازة في الفقه الإسلامي تعتبر تصرفاً انفرادياً وليست تصرفاً تبادلياً أو من الجانبين وهذا واضح من تعريفها سالف الذكر . ومن هذا التعريف يمكن أن نتبين عناصر الإجازة وهي المجيز وصيغة الإجازة ومحلها وحكمها وهو ما نبينه فيما سيأتى تفصيلاً .

التعريف بالإجازة في القانون

الإجازة في القانون هي النزول عن الحق في طلب الإبطال ، ويمسكها من شرع الإبطال لمصلحته لأنه هو صاحب الحق في التمسك بالإبطال ، فهو الذي يملك النزول عنه ويترتب عليها أن يزول الخطر الذي كان يهدد العقد بالزوال فيستقر نهائياً .

والإجازة في القانون كما في فقه الشريعة تعتبر تصرفاً صادراً من جانب واحد فهي تتم بإرادة منفردة هي إرادة صاحب الحق في طلب الإبطال فلا تحتاج إلى قبول من الطرف الآخر بل إنها تحدث أثرها دون

(١) وفي المصباح المنير ج ١ ص ٧ : « أذنت له في كذا أطلقت له فعله والاسم الإذن ويكون الأمر إذناً وكذا الإرادة ... واستأذنته في كذا طلبت إذنه » .

(٢) انظر في هذا أحكام التصرف عن الغير بطريق النيابة للأستاذ الشيخ أحمد إبراهيم ص ٢٠ طبعة ١٣٥٩ هـ / ١٩٤٠ م . وانظر المعاملات المالية للأستاذ أحمد أبي الفتوح ج ١ ص ١٤٥ طبعة ١٣٣٢ هـ / ١٩١٣ م .

خاجة إلى علم الطرف الآخر بها ، وبمجرد صدورها لا يستطيع المجيز بعد ذلك أن يرجع فيها وهي باعتبارها عملاً قانونياً يلزم فيها توافر الأهلية لدى المجيز وخلو إرادته من كل عيب يشوبها^(١) .

وإذا تأملنا نجد أن تعريف الإجازة في القانون يتفق مع تعريفها في فقه الشريعة الإسلامية من حيث أن كلا منهما يعتبر تصرفاً انفرادياً صادراً من جانب واحد ، غير أنهما يختلفان من حيث أن كل ما يترتب على الإجازة في القانون هو تأكيد عوامل الصحة في العقد القابل للإبطال وإزالة الخطر الذي كان يهدده بالزوال ، فهي لا تضيف إليه جديداً ، إذ أنه كان منتجاً لآثره قبل إجازته ، بخلاف العقد الموقوف فهو لا ينتج أثراً قبل إجازته ، فإذا ما أجزى أصبح نافذاً منتجاً لآثره إما مستنداً إلى وقت صدوره أو مقتصرأ على حال الإجازة .

ويميز فقهاء القانون بين كل من الإجازة والإقرار . فالإجازة تصدر من أحد طرفي العقد لتزيل ما لحق به من عيب يمكن الطعن فيه بالبطلان . أما الإقرار فيصدر من شخص لم يكن طرفاً في العقد يريد به أن يجعله سارياً في حقه بعد أن كان من الغير لا يتعدى إليه أثره . فبيع ملك الغير قابل للإبطال ، وفي الوقت نفسه لا يسرى في حق المالك الحقيقي ، فالمشتري

(١) انظر في هذا نظرية العقد للأستاذ الدكتور السهوري ص ٦٦٨ ، وانظر أيضاً نظرية العقد في قوانين البلاد العربية للدكتور عبد المتعم فرج الصدة ج ٢ ص ٧٩ ، وانظر في شرح القانون المدني الفرنسي في تعريف الإجازة دى لاموراندير في الالتزامات ج ٢ ص ٤٣٢ .
فقرة ٧٦٤ طبعة ١٩٥٩م ونظرية البطلان للأستاذ الدكتور جميل الشرفاوى ص ٣٨٤ ، وانظر أيضاً حكم محكمة النقض المصرية في الطعن رقم ١٩٧ لسنة ١٨ ق بمجلسة ١٩٥٥/٢/١ بمجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض حيث جاء به : « الإجازة تصرف قانوني يتضمن إسقاطاً لحق فلا يملكها من كان ناقص الأهلية » . وانظر في تعريف الإجازة هنرى وليون وجان مازو في شرح القانون المدني الفرنسي في الالتزامات ج ٢ ص ٢٥٢ فقرة ٣٠٩ طبعة سنة ١٩٦٢م .

يجيزه ليزيل البطلان ، والمالك الحقيقي يقره ليجعله سارياً في حقه ، وقد يجيزه المشتري فينقلب صحيحاً ولكن مع ذلك لا يقره المالك الحقيقي فلا يصرى في حقه ، ولا تنتقل ملكية الشيء إلى المشتري . ومن الأمثلة على إقرار العقد لإقرار الأصل لعمل تجاوز فيه الوكيل حدود الوكالة ، وإقرار رب العمل لما يقوم به الفضولي^(١) .

وكذلك يميزون بين الإجازة وعمل العقد من جديد فالإجازة تصرف من جانب واحد . أما عمل العقد من جديد فيقتضى توافق إرادتين متطابقتين ، وكذا فإن للإجازة أثراً رجعياً . أما عمل العقد من جديد فليس له أثر رجعي^(٢) .

الفرع الثاني

صيغة الإجازة

صيغة الإجازة في السريسة :

من معاني الصيغة في اللغة العمل والتقدير وهذا صوغ هذا إذا كان على قدره وصيغة القول كذا أى مثاله وصورته^(٣) .

(١) انظر في هذا نظرية العقد للأستاذ الدكتور السهوري ص ٦٦٥ — ٦٦٦ ، وانظر له أيضاً مصادر الحق ج ٤ ص ١٠٢ طبعة ١٩٥٧ م ، وانظر في فقه القانون المدني الفرنسي بلانيول وريبير ج ٢ ص ٢٩٢ فقرة ٨٥٩ .

(٢) انظر في بيان ذلك دى لامورانديير (الالتزامات في شرح القانون المدني الفرنسي ج ٢ ص ٤٣٢ فقرة ٧٦٥ طبعة ١٩٥٩ م) .

(٣) جاء في المصباح النير ج ١ ص ١٦٠ (الصاد مع الواو وما يثلثهما) : « صاغ الرجل الذهب يصوغه صوغاً جعله حلياً فهو صائغ وصاغ الكذب صوغاً اختلقه ، والصيغة العمل والتقدير وهذا صوغ هذا إذا كان على قدره وصيغة القول كذا أى مثاله وصورته على التشبيه بالعمل والتقدير » .

وفي الاصطلاح صيغة التصرف هي ما به يوجد التصرف في الخارج : وتم به حقيقته ، ولولاها ما وجد ، وصيغة العقد هي ما به يكون العقد من قول أو إشارة أو كتابة أو فعل تبييناً لإرادة العاقد وكشفاً عن كلامه النفسى (١) .

وصيغة الإجازة هي ما تتم به من قول أو فعل .

والإجازة حسبها يصورها فقهاء الشريعة تصرف إرادى وهي هذه الصفة قد تصدر باللفظ الصريح بأن يقول من له حق الإجازة أجزت التصرف أو رضيت به أو قبلته (٢) .

وقد اختلف في قول المالك أو من يملك الحق في الإجازة شرعاً للفضولى أو من في حكمه من يعتبر تصرفهم موقوفاً على الإجازة ، أحسنت أو أصبت أو وفقت أو كفيئتى مؤنة البيع فقال بعضهم إنها لا تكون إجازة ، لأنها ليست صريحة فيها ، بل كما تحتلها تحتل معنى آخر فإنه قد يقصد بها الاستهزاء .

ورأى بعضهم أنها وإن احتملت هذا المعنى فإذا لم توجد قرينة تصرفها إليه حملت على الإجازة لأن الأصل الجذ . وقال محمد رحمه الله قوله أحسنت أو أصبت يكون إجازة استحساناً (٣) .

(١) انظر في هذا المقود والشروط والمبارات الأستاذ الشيخ أحمد إبراهيم ص ٢١ .
وفي المدخل للفقهاء الإسلامى للأستاذ محمد سلام مذكور ص ٥٠٩ طبعة ١٩٦٠ م : « صيغة العقد هي ما يصدر عن العاقد من عبارة كاشفة عن إرادته مظهرة لرغبته كأن يقول بعت أو اشتريت أو وهبت أو تزوجت » .

(٢) انظر في هذا الفتاوى الحائية ج ٢ ص ١٧٤ وجامع الفصولين ج ١ ص ٢٣١ - ٢٣٢ .

(٣) جاء في فتاوى قاضى خان ج ٢ ص ١٧٤ : « رجل باع عبداً لغيره بغير إذنه فقال المولى أحسنت أو أصبت أو وفقت لم يكن كلامه إجازة للبيع وله أن يردده لأنه يذكر على وجه الاستهزاء ، وإن قبض الثمن يكون إجازة ، وكذا لو قال كفيئتى مؤنة البعير أو أحسنت =

وكما تكون الإجازة باللفظ الصريح تكون بالدلالة الضمنية ، فإذا فعل فعلاً يدل على الرضا والإقرار كان لإجازة ، ومثل هذا أن يتصرف المالك للشئ المبيع في الثمن بأن يقبضه أو يهبه أو يتصدق به وكذلك فإنه يعتبر قيام المالك بتسليم المبيع للمشتري أو أخذه الثمن منه لإجازة بالفعل ، وكذا هبة المالك الثمن للمشتري أو التصدق به عليه لإجازة بالفعل ، ولو قال المالك لأجير يكون رداً للبيع فيسقط ولا تلحقه الإجازة^(١).

ومثال الإجازة الضمنية في النكاح أن يدفع الزوج المهر أو تقبله المرأة ، ومثاله في الخلع أن يقبض البدل^(٢).

وقد نصت على الإجازة القولية المادة ٣٠٣ من مجلة الأحكام العدلية فقالت : « الإجازة القولية كل لفظ يدل على الرضا بلزوم البيع كأجزت ورضيت » .

كما نصت على الإجازة الفعلية المادة ٣٠٤ فقالت : « الإجازة الفعلية هي كل فعل يدل على الرضا ، فلو كان المشتري بخيراً وتصرف في المبيع تصرف المالك كأن يعرض المبيع للبيع أو يرهنه أو يؤجره أو يعيره أو يهبه

== غفر الله خيراً لم يكن ذلك إجازة للبيع إلا أن محمداً رحمه الله قال : قوله أحسنت أو أصبت يكون إجازة استحساناً . وانظر أيضاً الفتاوى العنابية مخطوط رقم ١٩٣ بدار الكتب المصرية والفتاوى التتارخانية مخطوط رقم ٣٤٤ بدار الكتب المصرية (المجلد الثاني في تصرفات الفضول) ، وانظر كذلك الفتاوى الهندية ج ٣ ص ١٥٢ - ١٥٣ والفتاوى الأقروية ج ١ ص ٢٥١ . والفتاوى المهدية ج ٣ ص ١٣٤ .

(١) جاء في جامع الفصولين ج ١ ص ٢٣١ : « ذكر الخير الرمل أنه تقل عن المحيط أنه إذا اشترى سلعة من فضول ، وقبض المشتري المبيع بمحضرة صاحب السلعة فسكت يكون رضا . وفي ص ٢٣٢ من نفس المرجع : « باع أرض ابنه فقال الابن ما دمت حياً فأنا راض به أو قال ما دمت حياً فإذمت فأنا أبيع ، قال هذا إجازة لأن قوله أنا راض أو أنا أجزت يكفي قلنا قوله : ما دمت حياً . ولو قال ما دمت حياً فأمسكه لم يكن إجازة » . وانظر أيضاً البحر الرائق لابن نجيم ج ٦ ص ١٦٠ فقيه « ثم الإجازة لبين الفضول تكون بالفعل وبالقول فن الأول تسليم المبيع وكذا أخذ الثمن ومن الثاني طلب الثمن » .

(٢) انظر جامع الفصولين ج ١ ص ٢٣١ .

ويسلمه ، أو كان المبيع أرضاً فيزرعها أو يجرثها أو يرعى حشيشها ، أو كان المبيع دكاناً فيسكنها أو يعمرها ويضيف لها عمارات أو يخرب بعضها أو كان المبيع زرعاً فيعشبه كان إجازة فعلية يلزم بها البيع ، (١) .
ولكن هل يعتبر السكوت إجازة : هذا ما نوضحه فيما يلي :

السكوت :

السكوت لا يعتبر إجازة لأنه لا يلزم إسكات قول ، والقاعدة في المذهب الحنفي أنه لا يعتبر إجازة بالدلالة إلا حيث يتضرر الغير بعدم هذا الاعتبار ، ففي بيع الفضولي — كما قالوا — لا ضرر على أحد من عدم اعتبار السكوت إجازة بل الضرر على من له حق الإجازة حيث يلزمه ما لم يلزم ، وحيث يخرج ماله عن ملكه بدون رضاه .

ولما كان الاعتبار هو وجود الضرر (٢) وعدمه فقد رأينا اتجاهاً في المذهب إلى اعتبار السكوت إجازة في بعض الحالات فقالوا : إن المالك إذا رأى المشتري يتصرف في ملكه الذي اشتراه من الفضولي ثم لم يغير ذلك ، فإنه يعتبر إقراراً أو إجازة ، حتى لو قام بعد ذلك يطلب ملكه أو يدعى بطلان البيع لم تسمع دعواه (٣) . ذلك أن المشتري يتضرر بعدم اعتبار السكوت إجازة لأنه يؤخذ بتصرفاته ويضيع ماله في الهدم والبناء لو أبطل ملكه للشيء الذي اشتراه .

(١) انظر في هذا شرح مجلة الأحكام العدلية للأستاذ سعيد المحاسني ج ١ ص ٢٤٤ طبعة ١٩٢٧ مطبعة الترقى بدمشق .

(٢) جاء في النهاية للبايرتي ج ٧ ص ٣٣٥ : « السكوت إنما يصير إذناً وإجازة دفماً للضرر » . وجاء في حاشية سعدى جلي في الموضع ذاته : « كون السكوت إذناً كان لأجل دفن الضرر فثبت لا ضرر يبقى على القياس ولا يجعل إذناً » .

(٣) جاء في جامع الفصولين ج ٢ ص ١٣٩ : « رآه يبيع عرضاً أو داراً وتصرف فيه المشتري زماناً وهو ساكت تسقط دعواه » .

وكذلك فإننا لو جعلنا السكوت رضا لتضرر رب المال أو صاحب الشأن ولزمه حكم تصرف الفضولي لأن ملكه يزول .
ولذلك فقد رجح الفقهاء في هذا جانب المالك لأن حقه في العين أسبق ،
وسكوت المالك يحتمل الرضا وعدم الرضا وبالمحتمل لا يزول الملك فلا
يجعل ذلك تسليماً منه للبيع (١) .

وذهب بعض الفقهاء إلى أنه لا يلزم أن يتصرف المشتري في المبيع بعلم
المجيز ليعتبر السكوت إجازة ، بل يكفي أن يكون إنشاء تصرف الفضولي
بمراى ومسمع من المجيز ثم لا ينكره ليعتبر سكوته إقراراً لتصرف
الفضولي وهو من التصرفات الموقوفة (٢) .

وأخيراً فالإجازة تصرف لا يقبل التعليق ، فإذا قال المالك الذي يبيع
عرضه يبيع فضولي ، قد أجزت إن زاد المشتري في الثمن بطلت الإجازة
اعتباراً بابتداء العقد (٣) .

هذا هو رأي الحنفية في بيان صيغة الإجازة . وذهب الشيعة الزيدية (٤)

(١) جاء في المبسوط للسرخسي ج ٣ ص ١٤٠ - ١٤١ : « لو جعلنا السكوت رضا
تضرر رب المال ولزمه حكم تصرف الفضولي لأن ملكه يزول ولو لم نجعله رضا تضرر به
المشتري فرجحنا جانب المالك لأن حقه في العين أسبق والمشتري هو المعتبر حين لم يسأل .. واعتبر
سكوتاً محتملاً ... وبالمحتمل لا يزول الملك فلا يجعل ذلك تسليماً منه للبيع » .

(٢) جاء في جامع الفصولين ج ٢ ص ١٣٩ : « باع عقاراً وامرأته أو ولده أو بعض
أقاربه حاضر فسكت ثم ادعى على المشتري من كان حاضراً وقت البيع أفنى مشايخ سمرقند أنه
لا يسمع وجعل سكوته في هذه الحالة كإقرار دلالة قطعاً للأطماع الفاسدة وأفنى مشايخ بخارى
أنه يسمع فينظر المفتي في ذلك فلو كان في رأيه أنه لا يسمع لاشتبهار المدعى بحيلة وتلميس فأفنى
به كان حسناً سداً لباب التزوير » .

(٣) جاء في حاشية الحموي على الأشباه والنظائر ج ٢ ص ٢٢٥ : « الإجازة لا يجوز
تعليقها ... وتعليق الإجازة بالشرط باطل كقوله إن زاد فلان في الثمن فقد أجزت ، ولو زوج
بنته البالغة بلا رضاها قبلها الخبر ، فقالت أجزت لأن رضيت أى بطلت الإجازة إذ التعليق يبطل
الإجازة اعتباراً بابتداء العقد » .

(٤) جاء في كتاب البحر الزخار لابن المرتضى ج ٣ ص ٢٢٩ وتصح الإجازة بكل لفظ
أو فعل يفيد التقرير كطلب من المبيع ونحو ذلك . وانظر المنتزع المختار ج ٣ ص ٤٣ - ٤٥ .

إلى أنه يشترط أن تكون الإجازة بلفظ أو فعل يفيد التقرير، فمثل اللفظ أن يقول أجزت أو رضيت أو نعم ما فعلت أو هات الثمن أو نحو ذلك، ومثل الفعل أن يسلم المبيع الذى يبيع أو يقبض ثمنه أو يتصرف فيه بأى تصرف .
وذهب الشيعة الإمامية^(١) إلى أن الإجازة تصح باللفظ الدال عليها ولا يعتبر السكوت دليلاً على الإجازة بل لا بد من التصريح وأن السكوت مع الحضور لا يدل على الرضا .

وعند المالكية تكون الإجازة بكل ما يدل على الرضا بالتصرف ، فتسكون باللفظ الصريح وما يدل عليه كأخذ الثمن وتسليم المبيع .

وأما السكوت فيكون دليلاً على الإجازة إذا كان التصرف بحضور المتصرف له ولم يكن هناك مانع من إنكاره ورده ، أما إن كان بغير حضوره ولم يعلم به فهو مخير بين فسخ البيع أو أخذ الثمن ولا يضره السكوت ، أما إذا علم وسكت لا ينكر التصرف ، فقد اختلف فيه فقيل إن سكوته لا يعتبر رضا ولو استمر عاماً أو عامين وقيل إن سكت عاماً اعتبر سكوته رضا ولم يكن له بعد قيام^(٢) .

(١) جاء في مفتاح الكرامة للعامل ج ٤ ص ١٩٨ : « لو باع سلمة وصاحبها حاضر ساكت حكاه حكم القائب . . ولا بد من لفظ يدل عليها لأنها كالبيع في استقراء الملك ، ولو باع الفضول وصاحب السلمة ساكت لم يلزمه البيع وإن كان حاضراً ولا يكفي حضور المالك ساكناً في بيع الفضول بل لا بد من التصريح ، فإن السكوت مع الحضور لا يدل على الرضا » .

(٢) جاء في البهجة شرح التحفة للقسولي ج ٢ ص ٤٨ : « وقد اختلفت في السكوت هل هو إذن وإقرار أم لا ؟ وأظهر القولين أنه ليس بإذن ولا لإقرار إلا بما يعلم في مستقر العادة أن أحداً لا يسكت عنه فيكون إذنًا وإقراراً » .

وجاء في مواهب الجليل للخطاب ج ٤ ص ٢٧١ : « قال ابن رشد : إن كان حاضراً الصفقة نسكت حتى انقضى المجلس لزمه البيع وكان له الثمن وإن سكت بعد انقضاء المجلس حتى مضى العام ونحوه استحق البائى الثمن بالمجازة مع يمينه » .

وجاء في المقدم المنظم للحكام لابن سلمون الموجود بهامش التبصرة ج ١ ص ٢٠٩ « وسئل ابن زرب عن رجل يبيع عليه ماله وهو غائب ثم علم بالبيع وسكت سنة أو سنتين، ثم قام فيه =

وعند الخنابة (١) والشافعية (٢) السكوت لا يدل على الرضا ولا على الإجازة .

فإذا باع إنسان سلعة وصاحبها حاضر لم يأذن ولم يتكلم ولم ينكر لم يصح البيع ولا يعتبر سكونه رضا أو إجازة للبيع ، فالسكوت محتمل إذ قد يكون المالك أو صاحب الحق في الإجازة راضياً بإمضاء المتصرف وإنفاذه وقد لا يكون راضياً بذلك .

ونحن نخلص مما تقدم أن الأصل في الشريعة الإسلامية ، هو أن السكوت لا يدل على الرضا وليس دليلاً على الإجازة ، إذ لا ينسب لساكت قول . ولكنه يكون رضا إذا قامت قرينة تدل على ذلك ، أو أحاط بالتصرف من الظروف ما يجعله يدل على ذلك ، كتسليم المالك الذي بيع ملكه بدون إذنه للثمن ثم لا يعترض على ذلك فيكون السكوت بياناً (٣) .

وبهذا أخذ المشرع في التقنين المدني العراقي فنصت المادة ٨١ منه على أنه : « لا ينسب لساكت قول ولكن السكوت في معرض الحاجة بيان » (٤) .

== وقال : القيام فيه واجب وليس هو كمن يبيع عليه ماله . وهو حاضر فهذا ليس له غير الثمن والبيع له لازم . . . قال ابن زرب إذا بيع عليه ماله ولم يحضر فهو مخير بين فسخ البيع أو أخذ الثمن . ولا يضره سكونه لأنه يقول أردت أن أستخير الله فيه وأشار نفسه . »

(١) جاء في المغني لابن قدامة ج ٤ ص ٢٠٦ الطبعة الثالثة ١٣٦٧ هـ : « لو باع سلامة وصاحبها حاضر ساكت تخكه حكم ما لو باعها من غير علمه في قول أكثر أهل العلم منهم أبو حنيفة وأبو ثور والشافعي وقال ابن أبي ليلى سكوته لإقراره ، لأنه دليل على الرضا فأشبهه سكوت البكر في الإذن في نكاحها ، ولنا أن السكوت محتمل فلم يكن إذناً كسكوت الثيب ، وفارق سكوت البكر لوجود الحياء المانع من الكلام في حقها وليس ذلك بموجود هنا . »

(٢) جاء في المجموع شرح المذهب ج ٩ ص ٢٦٤ : « إذا باع إنسان سلعة وصاحبها حاضر لم يأذن ولم يتكلم ولم ينكر لم يصح البيع عندنا وبه قال ابن المنذر وحكامه عن أبي حنيفة وأبي يوسف وقال ابن أبي ليلى يصح البيع . وانظر أيضاً معنى المحتاج ج ٢ ص ١٥ ، ونهاية المحتاج ج ٣ ص ٢٤ - ٢٥ . »

(٣) انظر في هذا الأشياء والنظائر لابن نجيم ص ٧٨ وما بعدها . طبعة ١٢٩٨ هـ .

(٤) انظر أيضاً المادة ٩٨ من القانون المدني المصري الحالي ، والوسيط للدكتور السنهوري ج ١ ص ٢٢٢ - ٢٢٤ طبعة ١٩٥٢ م .

صيغة الإجازة في القانون :

يتفق الفقه القانوني مع ما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية من أن الإجازة قد تكون صريحة أو ضمنية ، وهى تكون صريحة بأية عبارة مادام أنها تفيد بوضوح اتجاه نية المجيز إلى الإجازة ، فلا يشترط فيها بيانات معينة ويكفى فيها أى لفظ يدل على معنى النزول عن الحق فى إبطال العقد .

ويشترط المشرع فى التقنين المدنى الفرنسى فى الإجازة الصريحة أن يذكر العقد المراد إجازته وسبب البطلان ونية الإجازة (م ١٣٣٨ مدنى فرنسى) .

وقد نصت المادة ١٣٩ من للتقنين المدنى المصرى الحالى فى فقرتها الأولى على نوعى الإجازة فقالت :

١ - يزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية (١) .

والإجازة الصريحة تكون بأية عبارة تدل عليها ، كأجرت . أما الإجازة الضمنية فتكون بتنفيذ العقد من جانب من له الحق فى التمسك بالبطلان أو بإتيانه عملاً مادياً يدل على نزوله عن التمسك بالبطلان كبنائه على الأرض التى اشتراها ، أو أن يبرم تصرفاً قانونياً يستخلص منه أنه أجاز العقد كأن يشتري قاصر عيناً ثم يبيعها بعد بلوغه سن الرشد ، أو يبيع قاصر عيناً ثم يستأجرها بعد بلوغه سن الرشد (٢) .

(١) وتطابق هذه المادة ، المادة ١٤٠ من التقنين المدنى السورى ، ١٣٩ من التقنين المدنى الليبى ، ونصت المادة ٢٣٦ من تقنين الموجبات والعقود اللباني على ذلك فقالت : « إن تأييد العقد يمكن إدراجه فى شكل آخر صريح أو ضمني فيبدو حينئذ كتأييد فعلى لا مقدر ، على أن التأييد الصريح لا يكون ذا مفعول إلا إذا كانت وثيقة التأييد تتضمن جوهر العقد والعيب الذى كان فيه ومشية العدول عن دعوى البطلان والتأييد الضمنى يستفاد من كل حالة وكل مسلك يؤخذ منهما أن صاحب تلك الدعوى عدل عنها » .

(٢) انظر فى هذا الوسيط للأستاذ الدكتور السنهورى ج ١ ص ٥١٧ - ٥١٨ مطبعة =

وفي التقنين المدني العراقي تكون الإجازة صراحة أو دلالة وعلى هذا نصت المادة ١/١٣٦ فقالت «إجازة العقد الموقوف تكون صراحة أو دلالة». وهذا يتفق مع ما ذهب إليه المشرع في الفقه الإسلامي .

المطلب الثاني

من له حق الإجازة ومحلها ومدتها

الفرع الأول

المجيز

المجيز في الشريعة :

المجيز في الشريعة الإسلامية هو كل من يملك مباشرة التصرف الموقوف ، فقد يكون المجيز هو المالك الذي يبيع مملكته بغير إذن شرعي أو وليه أو وكيله ، فإذا باع الفضولي ملك الغير توقف العقد على إجازة ذلك الغير ، وإذا أجاز تصرف الفضولي اعتبر وكيلًا ونفذ التصرف منذ عقده ، وإذا لم يجزه من له الحق في إجازته بطل .

وليس للمتصرف إليه كالمشتري من الفضولي حق الإجازة ، ولكن له حق الفسخ قبل إجازة المالك فإذا أجاز المالك فلا يملك الفسخ لأنه بهذه الإجازة يعتبر عقده نافذاً منذ صدوره ويصبح المشتري مالكا للبيع من ذلك الوقت .

== ١٩٥٢ م ، وانظر له نظرية العقد من ٦٦٩ - ٦٧٠ ، وانظر أيضاً نظرية العقد في قوانين البلاد العربية للدكتور عبد المنعم فرج الصدة ج ٢ ص ٨٣ ونظرية البطلان للدكتور جميل الشرفاوى ص ٣٨٧ .

وانظر في شرح القانون المدني الفرنسي أوبري ورو ج ٤ فقرة ٣٣٧ ، وبلايول وريبير وإسمان ج ١ فقرة ٣٠٦ ، ٣٠٨ ص ٤٢٢ . وانظر في معنى الإجازة الصريحة والصمنية ريبير وبولانجي ج ٢ في الالتزامات من ٢٧٥ - ٢٧٦ فقرة ٧٤٦ - ٧٤٧ طبعة ١٩٥٧ م . وانظر أيضاً مازو في الالتزامات ج ٢ ص ٢٥٣ فقرة ٣١٢ طبعة ١٩٦٢ م .

وليس للفضولي كذلك حق الإجازة بل له حق الفسخ قبل إجازة المالك يدفع الحقوق عن نفسه^(١).

وكذلك لا تجوز إجازة المشتري للشيء المبيع قبل قبضه لعدم المميز^(٢). ولولي الصبي أن يميز تصرفه المتردد بين النفع والضرر كالبيع والإجازة، وللصبي نفسه بعد بلوغه أن يميز ما عقد وقت وجود وليه . وتصريح النصوص بأن من ليس له ولي أو وصي خاص وكان تحت ولاية قاض فتصرفه موقوف على إجازة ذلك القاضى أو إجازته هو بعد بلوغه ، وهذا إذا كان تصرفاً يقبل الإجازة احترازاً عما إذا طلق أو أعتق^(٣).

وكذلك فإنه يحق لمن استمد السلطة على مباشرة العقد من كان يملك مباشرة وقت إجرائه كوكيل المالك أن يميز التصرف الموقوف^(٤).

وفي بيع المرهون يتوقف نفاذ العقد على إجازة المرتهن والمرتهن كذلك حق الفسخ على إحدى الروايتين في المذهب وله هذا الحق عن طريق القاضى على الرواية الأصح ، وكذلك للمشتري أن يفسخ العقد إذا لم يكن يعلم بالرهن وقت البيع عند أبي يوسف وعند محمد له هذا الحق سواء.

(١) انظر في هذا فتح القدير ج ٥ ص ٣١٢ .

(٢) جاء في فتاوى قاضى خان ج ٢ ص ١٧٥ : « باع ثوباً من رجل ولم يقبضه المشتري حتى باعه البائع من رجل بفضل عشرة دراهم ثم أجاز المشتري بيع البائع لا تصح إجازته لأنه بيع ما لم يقبض » .

(٣) جاء في رد المحتار لأبن عابدين ج ٤ ص ١٤٢ : « صبية زوجت نفسها من كف وهى تعقل النكاح ولاولى لها فالعقد يتوقف على إجازة القاضى فإن كانت فى موضع لم يكن فيه قاض لأن كان ذلك الموضع تحت ولاية قاضى تلك البلدة يتعقد ويتوقف على إجازة ذلك القاضى وإلا فلا يتعقد وقال بعض المتأخرين يتعقد ويتوقف على إجازتها بعد البلوغ » .

(٤) جاء فى جامع الفصولين ج ١ ص ٢٣٥ : « باع مال يتيم ثم جعله القاضى وصياً له فأجاز ذلك البيع صح استحساناً » . وفى نفس الموضع : « باع بلا أمره ثم أجازته بعد وكالته جاز » . وفى نفس الموضع أيضاً : « باع مال غيره فأجازته وكيل مالكة جاز وتعلق حقوقه بالمباشر لا الوكيل » .

علم بالرهن أم لم يعلم ^(١) .

وفي بيع الشيء المستأجر يتوقف نفاذ البيع على إجازة المستأجر، وليس للمستأجر حق الفسخ بلا خلاف ولكن المشتري له هذا الحق ^(٢) .

وتأسيساً على ذلك فإذا قال المستأجر لا أجزى بيع الآجر ثم أجاز جاز، لأنه بعدم إجازته لا يفسخ لأنه لا يملك الفسخ بخلاف الحال في بيع الفضولي إذا قال المالك لا أجزى ثم أجاز بعد لم يحز لأن العقد المفسوخ والعقد الباطل لا ترد عليهما الإجازة .

وكذلك ليس للراهن والمؤجر حق الفسخ ^(٣) وللدائنين الحق في أن يحيزوا التصرف الذى صدر من مدينهم المعسر لإضراراً بهم فتصرفه ينعقد موقوفاً على إجازتهم ، وكذلك فإنه يحق للدائنين وللورثة أن يحيزوا التصرف الصادر من المريض مرض الموت لإضراراً بحقوقهم . وكذلك يثبت حق الإجازة لغير هؤلاء ممن ينعقد التصرف موقوفاً على إجازتهم كالموكل حين يحيز تصرف الوكيل فى القدر الذى تجاوز فيه حدود الوكالة ، وكالوارث حين يحيز تصرف الموصى فى القدر الزائد على الثلث ، وكالشريك حين يحيز تصرف شريكه فى المال الشائع .

المحيز فى القانون :

الذى يملك الإجازة فى فقه القانون هو من يثبت له الحق فى التمسك بالإبطال . فناقص الأهلية ومن شاب رضاه عيب من عيوب الرضا وهى .

(١) انظر فى هذا المبسوط للسرخسى ج ١٣ ص ١١ . والبحر الرائق لابن نجيم ج ٥ ص ٢٨١ ، وانظر أيضاً رد المختار لابن عابدين ج ٤ ص ١٤٥ .

(٢) انظر فتح القدير ج ٥ ص ١٨٥ ، ٣٢٢ وجاء فى حاشية الطحطاوى على الدر المختار ج ٣ ص ٨٧ : « المستأجر لما يملك الإجازة دون الفسخ » .

(٣) جاء فى الفتاوى الهندية ج ٣ ص ١١٠ « وليس للراهن والآجر الفسخ » .

الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال يملك هذا الحق ، وشذ عن ذلك بيع ملك الغير فالمالك له الحق في إقراره وإن لم يكن له الحق في الإبطال لأنه ليس طرفاً في العقد^(١) ، لأن هذا البيع لا ينقل الملكية إلى المشتري فإذا أجاز المالك الحقيقي لم يعد هناك مانع من انتقال الملكية وتنقضي علة البطلان .

أما وقف العقد في فقه الشريعة ففيه تفصيل ، فقد يملك الشخص الإجازة والفسخ ، كالمالك في بيع ملك الغير وقد يملك الفسخ دون الإجازة كالمشتري من الفضولي والفضولي نفسه ، وقد يملك الإجازة دون الفسخ كالمستأجر لمذا بيع الشيء المستأجر ، فالفكرة العامة أن الذي يوقف العقد في حقه يكون له حق الإجازة ، أما حق الفسخ فقد يكون له وقد لا يكون .

وفي القانون المدني العراقي الذي أخذ بفكرة العقد الموقوف من الشريعة الإسلامية يملك الإجازة من شرع التوقف لمصلحته سواء كان طرفاً في العقد كما في حالة تصرف ناقص الأهلية أو معيب الإرادة أو عند انعدام الولاية على المحل ، ويترتب على الإجازة أن يزول الخطر الذي كان يهدد العقد بالزوال ، فيصبح العقد نافذاً وبذلك يستقر نهائياً ، فوافقة الموكل على تصرف تجاوز الوكيل فيه حدود الوكالة ، وموافقة المالك على بيع الفضولي للمسكه تعتبران إجازة في القانون المدني العراقي حيث يكون عقد الوكيل وعقد الفضولي موقوفين ، بينما في القوانين العربية الأخرى تعتبر هذه الموافقة

(١) انظر في هذا نظرية العقد للأستاذ الدكتور السهوري ص ٦٦٨ والوسيط ج ١ ص ٥١٦ طبعة ١٩٥٢ وانظر أيضاً دروس في النظرية العامة للالتزامات للأستاذ الدكتور محمود جمال الدين زكي ص ٢٦٠ - ٢٦١ طبعة ١٩٦٤ - ١٩٦٥ .

وانظر في شرح القانون المدني الفرنسي مازوج ٢ ص ٢٥٢ فقرة ٣٠٩ طبعة ١٩٦٢ م ، ودالوز ص ٦٣٧ فقرة ٤٤ ج ٣ .

إقراراً بالمعنى الذى تقدم بيانه^(١).

الفرع الثانى

محل الإجازة

محل الإجازة فى الشريعة :

الإجازة فى فقه الشريعة الإسلامية تصرف فى عقد موقوف ، فهى لا ترد على العقد النافذ كما لا ترد على العقد الباطل لأن الباطل معدوم والإجازة لا تخلق من العدم وجوداً ، ومحلها يجب أن يكون تصرفاً شرعياً قولياً موقوفاً سواء أكان تمليكاً أو إسقاطاً . أما التصرف الفعلى فلا تلحقه الإجازة عند أبى حنيفة لأن الإجازة تصرف فى العقد بالإبقاء ، وتلحقه عند محمد كما تلحق الأقوال^(٢).

ويشترط أن يكون محل الإجازة قائماً حتى وقت صدورهما وإلا بطل العقد . والعلة التى يقوم عليها توافر هذا الشرط هو أن الإجازة لها حكم الإنشاء ، وبها تترتب الأحكام فلا بد من وجود محل يظهر فيه الحكم . وفى عقد النكاح يشترط قيام الزوج والزوجة فقط لأنهما الوحيدان اللذان تترتب عليهما أحكام للنكاح أما الفضولى الذى عقده فلا ضرر من فقده لأنه لن يترتب بالنكاح عليه التزام^(٣).

(١) انظر فى هذا نظرية العقد فى قوانين البلاد العربية للدكتور عبد المنعم فرج الصدة ج ٢ ص ٧٩ طبعة ١٩٥٨ م .

وانظر فى شرح القانون المدنى العراقى مصادر الالتزام للدكتور عبد المجيد الحكيم ص ٢٨٢ - ٢٨٣ طبعة ١٣٧٩ هـ / ١٩٦٠ م .

(٢) جاء فى جامع الفصولين ج ١ ص ٢٣٧ : « الإجازة لا تلحق الأفعال عند أبى حنيفة رحمه الله وتلحقها عند محمد رحمه الله » . وقد سبق أن بينا ذلك عند الكلام عن محل العقد الموقوف فى الباب الثانى من هذا القسم ورجعنا رأى الإمام أبى حنيفة .

(٣) انظر فى هذا الهداية ج ٥ ص ٣١١ والبدائع للكاسانى ج ٥ ص ١٥٢ والبحر الرائق ج ٦ ص ١٦١ .

محل الإجازة في القانون :

الإجازة في القانون ترد على العقد القابل للإبطال وهي لا ترد كما في
فقه الشريعة الإسلامية على العقد الباطل لأنه معدوم وليس من شأن
[الإجازة أن تخلق من العدم وجوداً وإنما يجوز عمله من جديد .

وإذا كانت المادة ٤٨٩ من التقنين المدني المصري تنص على أنه : « إذا قام
الواهب أو ورثته مختارين بتنفيذ هبة باطلة لعب في الشكل فلا يجوز لهم
أن يستردوا ما سلموه » . فهذا حكم استثنائي خرج فيه الشارع على القواعد
العامة حيث صحح الهبة في هذه الحالة إذا تم تنفيذها وهو يملك ذلك وقد
قل في تعليل هذا الحكم إن الهبة الباطلة بسبب تخلف الشكل ينجم عنها
التزام طبيعي إذا ما أوفى به الوهب أو ورثته كان الوفاء صحيحاً^(١) .

فمحل الإجازة في القانون هو العقد القابل للإبطال وهو عقد منتج
لآثاره مادام لم يتقرر بطلانه ، ولا فارق بينه وبين العقد الصحيح إلا في أن
العاقد الذي شرع الإبطال لمصلحته يستطيع أن يطلب إبطاله فوجوده مهدد
بالزوال فإذا لحقته الإجازة أو تم التنازل عن دعوى الإبطال استقر
العقد نهائياً^(٢) .

الفرع الثالث

المدة المقررة للإجازة

المدة المقررة للإجازة في الشريعة :

في الفقه الحنفي يبقى العقد موقوفاً إذا سكنت من له حق الإجازة شرعاً

(١) انظر في هذا الوسيط للأستاذ الدكتور السهوري فقرة ٣١٥ ص ٥١٤-٥١٥ .

(٢) انظر في هذا نظرية العقد للأستاذ الدكتور السهوري ص ٦٦٨ ، ونظرية العقد

في قوانين البلاد العربية للدكتور عبد المنعم فرج الصده ج ٢ ص ٧٩ طبعة ١٩٥٩ م ، ونظرية
البطلان في القانون المدني للدكتور جميل الشرفاوي ص ٣٨٥ ، وانظر في شرح القانون المدني

الفرنسي الالتزامات للأستاذ مازو ج ٢ ص ٢٥٢ فقرة ٣٠٩ طبعة ١٩٦٢ م .

عن الإجازة — وذلك كالمالك في حالة بيع الفضولى للملك — لا يجوز التصرف الموقوف ولا يردده ، فليس هناك وقت معين إذا انقضى يعتبر من له حق الإجازة مجزأ أو غير مجزئ ، فيبقى التصرف موقوفاً حتى يجاز أو يرد ، وهذا في الواقع من شأنه أن يطيل أمد توقف التصرف ويجعل التعامل غير مستقر مدة غير محدودة .

وقد عالج الفقه الحنفى ذلك بأن جعل لكل من العاقدين كالفضولى والمشتري منه ، الحق في فسخ العقد^(١) فيخلص بالفسخ من هذه الحالة غير المستقرة . ولكن هذا في الواقع ليس حلاً للموضوع لأنه يؤدي إلى فسخ العقد ، أما إذا أريد بقاءه دون فسخ فليس هناك من سبيل أمام العاقدين إلا التربص انتظاراً لإجازة المالك أو صاحب الحق في الإجازة وليس لها وقت معلوم .

وقد كان الفقه المالكي موافقاً في هذا ، ففيه إذا باع الفضولى بحضرة المالك وسكت هذا اعتبر سكوته إجازة ، وإن باع بغير حضرته وبلغه ، فسكت عاماً من وقت علمه ، اعتبر سكوته إجازة ونفذ التصرف^(٢) .

المدة المقررة للإجازة في القانون :

نصت المادة ١٤٠ من التقنين المدنى المصرى الحالى على ما يأتى :

١ — يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال ثلاث سنوات .

٢ — ويبدأ سريان هذه المدة في حالة نقص الأهلية من اليوم الذى

(١) انظر فى هذا البحر الرائق ج ٦ ص ١٦١ .

(٢) انظر فى هذا الشرح الكبير للدردير ج ٣ ص ١٢ وشرح الخرشى ج ٥

يزول فيه هذا السبب ، وفي حالة الغلط والتدليس من اليوم الذى ينكشف فيه ، وفي حالة الإكراه من يوم انقطاعه ، وفي كل حال لا يجوز التمسك بحق الإبطال لغلط أو تدليس أو إكراه إذا انقضت خمس عشرة سنة من وقت تمام العقد^(١).

فالحق في إبطال العقد يسقط بالتقادم إذا مضت المدة القانونية المقررة فلا يجوز بعد ذلك إبطاله لا من طريق الدعوى ولا عن طريق الدفع ، وبذلك يستقر العقد نهائياً بعد أن كان مهدداً بالزوال .

وللتقادم أثر رجعى كالإجازة إذ به يصبح العقد صحيحاً بصفة نهائية منذ إبرامه . غير أن هناك farkاً بين الإجازة والتقادم فقد نص القانون على أن للإجازة أثر رجعى ويجب ألا يضر بحقوق الغير بينما لم يرد هذا النص في شأن التقادم ، فلو أن قاصراً باع عيناً وبعد بلوغه سن الرشد وقبل سقوط الحق في الإبطال بالتقادم رتب على العين رهناً ثم تم التقادم فإن ملكية العين تخلص للمشتري غير مثقلة بحق الرهن ، وهذا على خلاف ما هو مقرر في حالة الإجازة^(٢) كما سنرى عند بيان حكم الإجازة .

والتقادم الوارد في المادة ١٤٠ من التقنين المدنى المصرى المشار إليها

(١) تطابق هذه المادة المادة ١٤١ من التقنين المدنى السورى فيما عدا أن الفقرة الأولى من هذه المادة تجعل سقوط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال سنة واحدة . وتطابقها المادة ١٤٠ من التقنين المدنى الليبى . وتنص المادة ٢٣٥ من تقنين الموجبات والعقود اللبناى على أن: « الحق في إقامة هذه الدعوى (دعوى الإبطال) يسقط بحكم مرور الزمن بعد عشر سنوات إلا إذا كان القانون قد عين مهلة أخرى لحالة خاصة » .

(٢) انظر في هذا نظرية العقد في قوانين البلاد العربية للأستاذ الدكتور عبد المنعم فرج الصدة ج ٢ ص ٨٨ — ٨٩ .

وانظر أيضاً النظرية العامة للالتزام (فى المصادر) للدكتور عبد الحى حجازى ص ٢٨٢ — ٢٨٣ .

ليس في الواقع إلا صورة للإجازة يمكن أن تسمى بالإجازة المفروضة بقرينة قانونية لا تقبل لإثبات العكس . وعدم تأثر حقوق الغير بالأثر الرجعي في حالة التقادم هو الحل الصحيح الذي يتفق مع كون العقد القابل للإبطال عقداً صحيحاً منتجاً لكل آثاره منذ إبرامه حتى ترد عليه الإجازة أو الإبطال^(١) .

وقد تضمنت النص على هذه الإجازة المادة ١٣٠٤ من القانون المدني الفرنسي فقالت : إن دعوى البطلان لعيوب الرضا تسقط بعد مضي عشر سنوات إن لم ينص القانون على وقت أقل ، ، وحددت هذه المادة بدء سريان مدة العشر سنوات من نفس الوقت الذي تستطاع فيه الإجازة أى من تاريخ اكتشاف الغلط أو ارتفاع الإكراه أو من تاريخ بلوغ سن الرشد أو رفع الحجر في حال نقص الأهلية . وقد جرى الرأي الغالب في الفقه على اعتبار أساس سقوط هذه الدعوى في هذه الحال إجازة مفروضة^(٢) .

المدة المقررة للإجازة في القانون المدني العراقي :

رأى المشرع في التقنين المدني العراقي الذي أخذ بفكرة العقد الموقوف من الشريعة الإسلامية ألا يبقى العقد موقوفاً مدة طويلة دون أن تلحقه

(١) هذا ويفرق تقادم دعوى البطلان في العقد الباطل عن تقادم دعوى الإبطال في العقد القابل للإبطال ، فتقادم دعوى البطلان لا يجعل العقد صحيحاً ، بل يبقى العقد باطلاً وكل ما هنالك أن دعوى البطلان لا يجوز سماعها لتقادمها ، أما تقادم دعوى الإبطال فيترتب عليه أن يصبح العقد صحيحاً بصفة نهائية (انظر في هذا نظرية العقد في قوانين البلاد العربية ج ٢ ص ٨٩ — ٩٠ للأستاذ الدكتور الصدة . والنظرية العامة للالتزام في المصادر) للدكتور عبد الحمى حجازي ص ٢٨٢ حيث يقول : « ويترتب على اعتبار التقادم الثلاثي لإجازة ضمنية أن يتقلب العقد صحيحاً كامل الصحة بعد انقضاء مدة ذلك التقادم ... » .

(٢) انظر في شرح القانون المدني الفرنسي جوسران ج ٢ فقرة ٣٤٩ وانظر أيضاً دي لاموارندبير ج ٢ ص ٤٣٩ فقرة ٢٨١ .

الإجازة ، فأوجب استعمال خيار الإجازة أو النقص خلال ثلاثة أشهر ، فإذا كان سبب التوقف هو نقص الأهلية يبدأ سريان هذه المدة من وقت اكتمال الأهلية أو من الوقت الذى يعلم فيه الولي بصدور العقد ، وإذا كان السبب هو الإكراه أو الغلط أو التغرير يبدأ سريان المدة من وقت ارتفاع الإكراه أو تبين الغلط أو انكشاف التغرير .

وإذا كان سببه انعدام الولاية على المحل كما فى حالة بيع الفضولى للمالك الغير بدأ سريان هذه المدة من الوقت الذى يعلم فيه المالك بصدور العقد^(١). أما دعوى الاستغلال فقد جعل المشرع العراقى لها ميعاد سقوط قدره سنة واحدة . وقد أحسن هذا المشرع صنعا فى جعل خيار الإجازة أو النقص مدة ثلاثة أشهر حتى لا يبقى العقد موقوفاً غير نافذ مدة طويلة ، الأمر الذى قد يؤدى إلى عدم استقرار التعامل وزعزعة فترة قد تطول ما دام العقد موقوفاً على إجازة صاحب الحق وليس لها وقت معلوم^(٢) .

(١) وقد نصت على هذا المادة ١٣٦ من هذا التقنين فى فقرتها الثانية والثالثة فقالت :

١ — « ويجب أن يستعمل خيار الإجازة أو النقص خلال ثلاثة أشهر فإذا لم يصدر فى هذه المدة ما يدل على الرغبة فى نقض العقد اعتبر العقد نافذاً » .

٣ — « ويبدأ سريان المدة إذا كان سبب التوقف نقص الأهلية من الوقت الذى يزول فيه هذا السبب أو من الوقت الذى يعلم فيه الولي بصدور العقد ، وإذا كان سبب التوقف الإكراه أو الغلط أو التغرير فمن الوقت الذى يرتفع فيه الإكراه أو يتبين فيه الغلط أو ينكشف فيه التغرير ، وإذا كان سبب التوقف انعدام الولاية على العقود عليه فمن اليوم الذى يعلم فيه المالك بصدور العقد » .

(٢) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية المختصرة لمشروع القانون المدنى العراقى مطبوعة الحكومة ببغداد سنة ١٩٤٨م (وضعها السيد / منير القاضى) « أن المشرع العراقى استجد تحديد مدة للإجازة فى البيع الموقوف ولا يخفى ما فى هذا التحديد من الضرورة لاستقرار العقد » .

المطلب الثالث شروط صحة الإجازة

الفرع الأول

شروط صحة الإجازة في الشريعة

ذهب فقهاء الحنفية إلى أنه يشترط لصحة الإجازة قيام كل عناصر التصرف (العاقدین والمحل والمجيز) وقت صدور الإجازة ووقت صدور التصرف . ذلك أن للإجازة تارة حكم الإنشاء وهو لا يتحقق بدون العاقدین والمعقود عليه والمجيز ، لذلك كان قيامها شرطاً للحقوق الإجازة ، وأما اشتراط وجودها وقت التصرف فإن العقد متى أجزى ينفذ من وقت صدوره أى مستنداً أو بأثر رجعى .

ونحن نفصل فيما يلي هذه الشروط :

الشرط الأول . قيام العاقدین وقت صدور التصرف ووقت الإجازة ، فإذا مات أحدهما قبل أن يجيز صاحب الشأن أو من له الحق في الإجازة شرعاً ، لا تلحق الإجازة التصرف الموقوف ، وذلك كاشتراط قيام البائع « الفضولي » والمشتري في حالة قيام الأول ببيع ملك الغير دون إذنه ، وذلك حتى يوجد من يلزم بحكم العقد ، وتترتب الحقوق له والالتزامات عليه ، ولا يمكن لشيء من ذلك أن يترتب في ذمة الورثة مباشرة ، بل يجب أن يترتب أولاً للورث أو عليه ثم ينتقل بعد ذلك إلى الورثة ، كما أن الإجازة تصرف في العقد بالإبقاء فلا بد من وجود طرفيه ^(١) .

الشرط الثاني : وجود المجيز كاشتراط وجود المالك المجيز في حالة بيع

(١) انظر في هذا البدائع للسكاساني ج ٥ ص ١٥١ وفتح القدير ج ٥ ص ٣١١ -

الفضولي مثلاً ، فلا تجوز إجازة وارثه ، لبطلان التصرف بموته^(١) ، وفي هذا تختلف القسمة ، فعند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله إذا كانت التركة بين كبار مما يجبرون على قسمته فاقسموه بلا أمر القاضى وبعضهم غائب فإنه يتوقف على إجازة الغائب ، فإن مات قبل الإجازة فأجازته ورثته جازت عندهما استحساناً لا عند محمد رحمه الله قياساً^(٢) وقد سبق تفصيل ذلك^(٣).

والقاعدة في الشريعة أن ما لا يجيز له عند وجوده لا تلحقه الإجازة ، لأن ما له يجيز متصور منه الإذن للحال وبعد وجود التصرف ، فكان الانعقاد عند الإذن القائم مفيداً فينعقد وما لا يجيز له لا يتصور الإذن به للحال ، والإذن في المستقبل قد يحدث وقد لا يحدث ، فإن حدث كان الانعقاد مفيداً ، وإن لم يحدث لم يكن مفيداً فلا ينعقد مع الشك في حصول الفائدة على الأصل المعهود أن ما لم يكن ثابتاً بيقين لا يثبت مع الشك ، وإذا لم ينعقد لا تلحقه الإجازة لأن الإجازة للانعقد .

وعلى هذا يخرج ما إذا طلق الفضولي امرأة البالغ أو أعتق عبده أو

(١) جاء في البدائم ج ٥ ص ١٥١ : « يشترط قيام المالك حتى لو هلك المالك قبل إجازته لا يجوز بإجازة ورثته لأن من شروط الإجازة قيام صاحب المتاع » .

(٢) انظر في هذا جامع الفصولين ج ١ ص ٢٣٠ ، وفي فتح القدير ج ٥ ص ٣١٣ : « إن الرأي الأول رأى أبو حنيفة وأبي يوسف لا رأى أبي يوسف وحده ووجه الاستحسان أنه لفائدة في قبض القسمة ثم الإعادة ووجه قول محمد أن القسمة مبادلة كالبيع فلا تجوز بإجازة ورثته والاستحسان مقدم » . وانظر أيضاً مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر ج ٢ ص ٧٣ طبعه ١٣١٩ هـ . وانظر في شروط صحة الإجازة المدخل للفقهاء الإسلامى للأستاذ محمد سلام المذكور ص ٦٤١ — ٦٤٢ ، ومقال العقدة الموقوف للدكتور محمد زكى عبد البر ص ٤٤ — ٤٧ وانظر أيضاً المادة ٣٧٨ من مجلة الأحكام العدلية وشرح المجلة للأستاذ سعيد المحاسنى ج ١ ص ٣١٤ — ٣١٥ .

(٣) انظر ما سبق في الفصل الأول من هذا الباب تحت عنوان « موت المميز قبل الإجازة » .

أو وهب ماله أو تصدق به فإنه ينعقد موقوفاً على الإجازة لأن البالغ يملك هذه التصرفات بنفسه فكان لها مجيز حال وجودها فيتوقف على إجازة المالك .

وإذا فعل الفضولي ذلك بالنسبة إلى الصبي لا ينعقد ، لأن الصبي ليس له أن يباشر هذه التصرفات بنفسه ، وعدم انعقادها بالنسبة للفضولي مرجعه هو أنه لا مجيز لها حال وجودها .

وكذلك فإن الصبي المحجور عليه إذا باع مال نفسه أو أجره أو باشر بنفسه تصرفاً من التصرفات التي يجوز للولي أن يباشرها بالنسبة له . فإنه يتوقف على إجازة وليه مادام صغيراً مميزاً ، وعلى إجازته بنفسه بعد بلوغه ، لأنه لما بلغ فقد ملك الإنشاء فأولى أن يملك الإجازة^(١) .

الشرط الثالث : أن تصدر الإجازة حال بقاء محل التصرف الموقوف كي يظهر أثر العقد فيه عند صدورهما ، فلو أجزى العقد بعد هلاك محله فإن الإجازة لا تصح .

ففي بيع ملك الغير يشترط وجود المبيع عند الإجازة لأن الملك لا ينتقل من البائع إلى المشتري قبل أن يجاز من صاحب الشأن ، فإذا أجزى البيع ينتقل الملك مستنداً إلى وقت التعاقد ولا يمكن أن يتم ذلك إذا كان محل البيع قد هلك^(٢) .

ولماذا لم تعلم حالة المبيع من حيث وجوده وعدمه صحت الإجازة عند

(١) انظر في هذا البدائع ج ٥ ص ١٤٩ — ١٥٠ ، وفتح القدير ج ٥ ص ٣١٤ — ٣١٥ ، والجوهرية النيرة مخطوط رقم ١٢٧ بدار الكتب المصرية « باب البيع » . والفتاوى العتائية « باب البيع » مخطوط رقم ١٩٣ بدار الكتب المصرية .
(٢) جاء في الهداية ج ٥ ص ٣١١ : « الإجازة تصرف في العقد بالإبقاء فلا بد من قيامه وذلك بقيام الماقيدين والمعقود عليه » .

محمد رحمه الله لأن الأصل بقاؤه وهو قول أبي يوسف الأول ، ثم رجع أبو يوسف وقال لا يصح حتى يعلم قيامه عند الإجازة لأن الشك وقع في شرط الإجازة فلا تثبت مع الشك^(١) .

الشرط الرابع : قيام الثمن : الثمن إما أن يكون ديناً كالدرهم والدنانير والموزون الموصوف والمكيل الموصوف في الذمة . وإما أن يكون عيناً كالعروض . فإن كان الثمن ديناً فقيامه في يد البائع ليس بشرط للحقوق الإجازة ، لأن الدين لا يتعين بالتعيين ، فكان قيامه بقيام الذمة .

وإن كان عيناً فقيامه شرط للحقوق الإجازة بجانب الشروط سائلة الذكر ، لأن الثمن إذا كان عيناً كان البائع مشترياً من وجهه ، والشراء لا يتوقف على الإجازة بل ينفذ على المشتري إذا وجد نفاذاً عليه بأن كان أهلاً ، وللمالك حق الرجوع عليه بمثله إن كان مثلياً وبقيمته إن كان قيمياً ، لأنه عقد لنفسه ونقد الثمن من مال غيره فيتوقف النقد على الإجازة ، فإذا أجاز مالكة بعد النقد كان له أن يرجع عليه بمثله أو بقيمته بخلاف ما إذا كان الثمن ديناً ، فإن العاقد يكون بائعاً من كل وجه ، ولا يكون مشترياً لنفسه أصلاً فيتوقف على إجازة المالك ، فإذا أجاز كان مجزئاً للعقد فكان بدله له^(٢) .

هذه هي شروط صحة الإجازة في المذهب الحنفي ويتفق معهم في ذلك

(١) انظر في هذا فتح القدير ج ٥ ص ٣١١ — ٣١٢

(٢) انظر في هذا البدائع للكاساني ج ٥ ص ١٥٢ وفتح القدير ج ٥ ص ٣١٢ ، وجامع الفصولين ج ١ ص ٢٣٠ ، ورد المختار لابن عابدين ج ٤ ص ١٤٧ ، ونجم الأنهر في شرح ملتقى الأبحر ج ٢ ص ٧٣ . والفتاوى الهندية ج ٣ ص ١٥٢ طبعة ١٣١٠ هـ ، وشرح ابن ملك على مجمع البحرين لابن الساعاتي مخطوط رقم ٢٨ بدار الكتب المصرية المجلد الثالث ص ١١٩ ، ودرر الحكام شرح غرر الأحكام للناخسرو مخطوط رقم ١٧٤ بدار الكتب المصرية ص ٢٠٩ .

الشيعة الزيدية (١) والإمامية (٢) على الرأى القائل بفكرة العقد الموقوف عندهما . فهم يشترطون لصحة الإجازة أن يكون العقد صحيحاً مع بقاء العاقدين والمعقود عليه إلى وقت الإجازة ، وأن تصدر الإجازة من له ولاية إنشاء العقد .

كما يتفق مع الحنفية أيضاً المالكية (٣) والشافعية في المذهب القديم (٤) والمناظرة (٥) في إحدى الروايتين في المذهب فهم يقولون بوقف بيع الفضولي ومن في حكمه ، والوقف على الإجازة لا يرد إلا على تصرف صحيح ، وأن يكون للتصرف مجيز حال صدوره . غير أنهم لا يشترطون بقاء المجيز إلى وقت الإجازة فإذا مات قبل أن يجيز التصرف الموقوف ، قام وارثه بمقامه في ذلك وقد سبق الإشارة إلى ذلك (٦) .

(١) جاء في كتاب المنتزع المختار في فقه الشيعة الزيدية ج ٣ ص ٤٢ — ٤٣ : « وإنما ينفذ العقد الموقوف بشروط خمسة : الأول أن يكون العقد صحيحاً . الثاني الإضافة من المشتري لفظاً أو نية . الثالث أن تقع الإجازة مع بقاء المتعاقدين وبقاء العقد فلو مات أحد المتعاقدين بطل ولم تلحقه الإجازة بمد وكذلك لو بطل العقد قبل الإجازة بنسخ أو وقع ما يجزى مجزى الفسخ نحو أن يعقد عليه المالك أو الفضولي عقداً آخر أو يقول للمالك لأرضاه أو لأرضه لى فيه أو لا أجيزه . الشرط الرابع أن يقع تنفيذه بإجازة من له حال العقد فقوله هو عائد إلى الولاية أى لا تصح الإجازة إلا ممن له الولاية في المبيع حال العقد يملك أو ولاية كالوصى فلو كانت الولاية له حال الإجازة دون حال العقد لم يصح ... الشرط الخامس أن تكون الإجازة واقعة بلفظ أو فعل يفيد التقرير ... » .

(٢) انظر في فقه الشيعة الإمامية مفتاح الكرامة للعامل ج ٤ ص ١٨٩ — ١٩٠ .

(٣) انظر في فقه المالكية حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ٣ ص ١١ — ١٢ وشرح الحرثي ج ٥ ص ١٧ — ١٨ .

(٤) انظر في فقه الشافعية المجموع شرح المذهب ج ٩ ص ٢٥٩ — ٢٦٠ .

(٥) انظر في فقه المناظرة المفتى لابن قدامة ج ٤ ص ٢٠٥ — ٢٠٦ الطبعة الثالثة ١٣٦٧ هـ .

(٦) انظر الفصل الأول من هذا الباب تحت عنوان « موت المجيز قبل الإجازة » .

الفرع الثاني

شروط صحة الإجازة في القانون

الإجازة تصرف من جانب واحد فيجب أن تتوافر فيها الشروط اللازمة لصحة التصرف القانوني، وعليه فيشترط لصحتها أن يعلم المعجز بسبب قابلية العقد للإبطال فتستجبه إرادته إلى النزول عن حقه في طلب الإبطال ، وأن تتوافر له وقت الإجازة الأهلية اللازمة لإبرام العقد الذي يميزه ، وألا يشوب إرادته عيب من عيوب الإرادة . فمن كان عقده قابلاً للإبطال بسبب إكراه وقع عليه لا تصح إجازته إلا إذا صدرت منه بعد ارتفاع الإكراه .

ومن هذا يتبين أنه يجب لصحة الإجازة أن يزول السبب الذي من أجله كان العقد قابلاً للإبطال (١) .

وهذه الشروط نفسها هي التي يشترطها فقهاء القانون المدني الفرنسي لصحة الإجازة (٢) .

(١) انظر في هذا نظرية العقد الأستاذ الدكتور السهورى ص ٦٦٨ - ٦٦٩ ، ونظرية العقد في قوانين البلاد العربية للدكتور عبدالمعز فرج الصدة ج ٢ ص ٨١ - ٨٢ ، وانظر مقالا بعنوان التصرفات الإقرارية والإنشائية للأستاذ حامد فهمي منشور بمجلة القانون والاقتصاد السنة الأولى العدد الأول ١٣٤٩ هـ - ١٩٣١ م ص ٤١ . وانظر أيضاً الالتزامات للدكتور سليمان مرقس ص ٣٣٠ طبعة ١٩٦٠ م . ونظرية البطلان للدكتور جميل المرقاوى ص ٣٨٧ .

وانظر كذلك حكم محكمة النقض المصرية في الطعن رقم ٣٦ لسنة ٢١ ق بمجلسة ١٩٥٣/١١/٢٦ مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض « حيث تقرر بأن الإجازة التي تصحح العقد هي التي تصدر ممن يملكها وهو عالم بالعيب الذي يشوب العقد وأن يكون قاصداً لإجازته » .

(٢) انظر في شرح القانون المدني الفرنسي للالتزامات للأستاذ دي لامورانديير ج ٢ ص =

ويتفق الفقه القانوني مع فقه الشريعة في هذه الشروط ، غير أن فقهاء الشريعة من الأحناف كما رأينا قد اشترطوا فضلاً عن ذلك شروطاً أخرى هي وجود العاقدین والمحل والمجيز وقت صدور التصرف الموقوف، ووقت صدور الإجازة ، ومرجع ذلك هو أن الإجازة في فقه الشريعة — تارة يكون لها حكم الاستناد ، وتارة يكون لها حكم الإنشاء ، ومن ثم يجب توافرها في الشروط وقت صدور التصرف لأنه الوقت الذي تستند إليه الإجازة كما يجب توافرها وقت صدور الإجازة لأنه الوقت الذي وجدت فيه .

أما في فقه القانون فالإجازة لها حكم الاستناد ، وليس لها حكم الإنشاء لأن العقد قبل صدورها كان نافذاً فهي لا تضيف إليه جديداً بل تؤكد ما أنتجه من آثار .

وفي القانون المدني العراقي يشترط وجود من يملك الإجازة وقت صدور العقد الموقوف دون وقت صدور الإجازة ولا يشترط قيام العاقدین أو المالك الأصلي أو المعقود عليه وقت الإجازة وعلى هذا نصت المادة ١٣٦/١ منه فقالت : « يشترط في صحتها (الإجازة) وجود من يملكها وقت صدور العقد ولا يشترط قيام العاقدین أو المالك الأصلي أو المعقود عليه وقت الإجازة » . فهو قد جعل للإجازة حكم الاستناد دون حكم الإنشاء لأن الحاجة قد تدعو إلى إجازة العقد بعد موت أحد الأطراف الثلاثة أو بعد

== ٤٣٢ فقرة ٧٦٥ طبعة ١٩٥٩ . وجاء في شرح القانون المدني الفرنسي في الالتزامات للأستاذ مازوج ٢ ص ٢٥٢ فقرة ٣١٠ طبعة ١٩٦٢ أن للإجازة شروطاً ثلاثة :

١ — أن يكون التصرف المجاز قابلاً للإبطال .

٢ — أن يعلم المجيز بسبب قابلية العقد للإبطال فتتجه لإرادته إلى الزول عن حقه في طلب الإبطال .

٣ — أن تصدر الإجازة نفسها خالية من العيب ولا سيما عيب الغلط والتدليس والإكراه .

هلاك المحل فاكتمنى باشتراط قيام عناصر التصرف وقت صدوره دون وقت صدور الإجازة (١).

المطلب الرابع

حكم الإجازة

الفصل الأول

حكم الإجازة في الشريعة

يقرر الفقهاء أن الإجازة في الانتهاء بمنزلة الإذن في الابتداء ، والإجازة اللاحقة كالكالة السابقة (٢).

ولو أخذنا هذه القاعدة على إطلاقها وجب أن نقول إن التصرف الموقوف إذا أجزى يكون له حكم التصرف النافذ منذ إنشائه : ولكن المذهب الحنفي يرى أن من التصرفات ما يستند إلى وقت إنشائه ، ومنها ما يقتصر على حال صدور الإجازة . فالإجازة تارة تكون لإنشاء ، وتارة تكون لإظهار (٣) ، ويترتب عليها نفاذ العقد وإنتاجه لأثاره وسقوط حق

(١) انظر في بيان ذلك نظرية العقد في قوانين البلاد العربية للدكتور عبد المنعم فرج الصدة ج ٢ ص ٨٢ — ٨٣ ، ومصادر الحق للدكتور السهوري ج ٤ ص ١٩٨ ، ٢٠٩ — ٢١٠ .

(٢) انظر في هذا المبسوط للسرخسي ج ١٣ ص ١٥٣ . ونصت المادة ٨٠٤ من مرشد الحمران على هذه القاعدة فقالت : « الإجازة اللاحقة في حكم الوكالة السابقة فإذا باع فضولى مال غيره بلا إذنه فأجاز صاحب المال البيع يكون كما قد وكل الفضولى » .

(٣) جاء في البدائع للكاساني ج ٥ ص ٢٦٤ : « بيع الفضولى يثبت بطريق الاستناد والمستند ظاهر من وجه مقتصر من وجه فكانت الإجازة لإظهاراً من وجه لإنشاء من وجه » . وجاء في كتاب المنتزع المختار ج ٣ ص ٤٦ في فقه الشيعة الريدية : « والمبيع يملك بالإجازة منقطعاً من يوم العقد لأن الإجازة كالكشفة عن الملك لأنها كالخيار » ، وانظر في فقه الشيعة الإمامية مفتاح الكرامة للعالمى ج ٤ ص ١٩٠ .

صاحب الشأن أو من يملك الإجازة شرعاً ضمناً في التمسك بإبطاله ، وإذا سقط^(١) هذا الحق فليس له أن يتمسك به ثانية لأن الساقط متلاش لا يعود.

ونبين فيما يلي هذين النوعين من التصرفات :

١ — التصرفات التي يقتصر حكمها على وقت صدور الإجازة :

من هذه التصرفات ما يأتي :

أولاً : ليس للتصرف إليه بعقد موقوف كالمشتري من الفضولي في حالة بيع الأخير للملك الغير أن يتصرف فيه قبل الإجازة^(٢) ، وإنما يعتبر تصرفه صحيحاً من وقت صدور الإجازة أى أنه يثبت مقتصراً على وقت صدورها .

وعدم صحة تصرف المشتري من الفضولي في هذه الحالة قبل الإجازة مرجعه أن تصرف الفضولي ينعقد موقوفاً على إجازة المالك أو صاحب الحق في الإجازة فإذا أجاز هذا الأخير تصرف الفضولي الموقوف كانت إجازته إبطالا ورداً لتصرف المشتري من الفضولي وذلك استناداً لقاعدة أنه إذا طرأ ملك بات على ملك موقوف أبطله وقد سبق بيان هذه القاعدة^(٣) .

ثانياً : إذا باع الفضولي شيئاً مملوكاً لغيره فإن طلب الشفعة في الشيء الذي باعه يكون وقت الإجازة في رأى محمد وهو المذهب وفي رأى أبي حنيفة يكون الطلب وقت العقد .

وفي البيع المشروط فيه الخيار يكون طلب الشفعة فيه وقت العقد .

(١) جاء في بحث التصرف الإسقاطي ص ١٠٣ للأستاذ محمد زكريا البزديسي : « الإسقاط تلاشى الحق الثابت وزواله نهائياً ، وعدم نقله إلى غير المختص به سواء كان هذا التلاشى بعوض أو بغير عوض » .

(٢) جاء في الجوهرة النيرة ج ١ ص ١٩١ : « ولا يجوز للمشتري من الفضولي التصرف فيه قبل الإجازة سواء قبضه أو لم يقبضه » .

(٣) انظر الفصل الأول من هذا الباب تحت عنوان « طرؤ الملك للبات على الملك الموقوف » .

أما في البيع الفاسد فيكون طلب الشفعة فيه عند انقطاع حق الاسترداد^(١).

ثالثاً: في النكاح الموقوف الوطء قبل الإجازة لا يوجب العدة ولا يحل المرأة لزوجها الذي أبانها قبله وإن أعقبته الإجازة ، وقد عللوا ذلك بأن السبب استحداث الملك واليد ، والحادث يثبت مقصوراً على الحال ، فالحكم لا يسبق سببه^(٢) .

رابعاً: طلاق الفضولي يثبت حكمه مقصوراً على حال الإجازة ، حتى لا يقع الطلاق الواقع قبلها ، وهذا بخلاف البيع الموقوف على إجازة المالك فإنه إذا أجازته يثبت الملك من حين العقد فيثبت الملك للبشترى في الولد والزيادة الحادثة بين العقد والإجازة^(٣) .

ب — التصرفات التي يثبت حكمها مستمراً إلى وقت صدورها :
من هذه التصرفات ما يأتي :

أولاً — إذا أجزى بيع الفضولي لمال الغير فإنه يعتبر نافذاً ومستنداً حكمه إلى وقت إنشاء العقد ، إذ الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة ، وإذا

(١) جاء في فتاوى فاضل خان ج ٢ ص ١٨٥ : « في بيع الفضولي يطلب الشفعة وقت الإجازة عند محمد وهو المذهب وعند أبي حنيفة يكون الطلب وقت العقد وفي البيع المشروط فيه الخيار يكون طلب الشفعة فيه وقت العقد وفي البيع الفاسد عند انقطاع حق الاسترداد » .

(٢) جاء في الفتاوى الهندية ج ١ ص ٥٨٦ : « لا تجب العدة بالوطء في نكاح الفضولي كذا في محيط السرخسي » . وجاء في نفس المرحم ص ٤٧٣ : « لو تزوجت عبداً بغير إذن سيده فدخل بها ثم أجاز السيد النكاح فلم يطأها بعد ذلك حتى طلقها لا تجل للأول حتى يطأها بعد الإجازة كذا في فتح القدير » . وانظر أيضاً الهداية ج ٨ ص ١١٤ .

(٣) انظر في هذا جامع الفصولين ج ١ ص ٢٢٩ . وفي شرح الحرثي في فقه المالكية ج ٤ ص ١٢ : « وطلاق الفضولي متوقف على إجازة الزوج كيبيعه إلا أن العدة والأحكام من يوم الإجازة بخلاف البيع » .

هلك الثمن في يد الفضولي قبل الإجازة ثم أجزى العقد لم يضمه كما لا يضمه الوكيل باعتباره أمانة في يده إذا هلك بغير تعد منه ولا تفريط ، ومن هذا أنه يصح حظه من الثمن ولو صدر الخط قبل الإجازة كما يصح الخط من الوكيل^(١).

ثانياً — في النكاح الموقوف على إذن الزوجة إذا بلغها فلم تجزه ولم ترد حتى ولدت لأكثر من ستة أشهر من وقت صدور العقد فإنه يثبت نسب المولود إن أجازت النكاح مستنداً إلى وقت العقد^(٢).

ثالثاً — كل ما يحدث في محل التصرف الموقوف من زيادة كالكسب والولد والنماء المتصل والمنفصل فإنه يملكه من يثبت له ملك الأصل بالإجازة ، ولو كان النماء والزيادة حصلاً قبل الإجازة ومثل النماء والزيادة ما يؤخذ عوضاً عن ضرر أصاب محل التصرف الموقوف قبل الإجازة . ففي البيع الموقوف إذا أجاز المالك البيع فإن الملك يثبت للمشتري من وقت الشراء

(١) جاء في جامع الفصولين ج ١ ص ٢٣١ : « المالك إذا أجاز بيع الفضولي يترتب عليه أحكام التوكيل بالبيع حتى لو حط من الثمن ثم المالك أجاز البيع يثبت البيع والخط ، سواء علم المالك بالخط أو لم يعلم ، إلا أنه إذا علم بالخط بعد الإجازة يثبت له الخيار ... والفقه فيه أنه يصير بالإجازة كوكيل ولو حطه الوكيل لا يتمكن من مطالبة المشتري به كذا هذا » .

وجاء في فتح القدير ج ٥ ص ٣١٢ : « وإذا أجاز المالك صار المبيع ملكاً للمشتري . والثمن مملوكاً لأمانة في يد الفضولي ، فلو هلك لا يضمه كالوكيل ، فإن الإجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة حيث أنه صار تصرفه نافذاً » . وفي البحر الرائق لابن نجيم ج ٦ ص ١٦٠ : « فإنه (الفضولي) بعد الإجازة يصير كالوكيل فترجم حقوق العقد إليه فيطالب بالتسليم وبخاصم بالعيب وفي ذلك ضرر به فله دفعه عن نفسه قبل ثبوته » .

وفي فقه المالكية يعتبر الفضولي بالإجازة وكلاً فالإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة فقد جاء في الشرح الكبير للدردير ج ٣ ص ١٢ : « ووقف ملك غيره على رضا مالكة ... ويطالب الفضولي بالثمن لأنه بإجازة يبيع ماله وكلاً » .

(٢) جاء في جامع الفصولين ج ١ ص ٢٢٨ : « لو زوجها فضولي فبلغها الخبر ، وما أجازت وما ردت حتى ولدت لأكثر من ستة أشهر من وقت التزوج أثبت نسبته منه أم لا ؟ أجاب إن أجازت النكاح يثبت ولا فلا » .

ويثبت له بالتالى الحق فى كل ما يحدث للبيع قبل الإجازة من نماء أو زيادة^(١).

الفرع الثانى

حكم الإجازة فى القانون

إذا أجزى العقد استقر نهائياً بعد أن كان قابلاً للإبطال ، لأن الإجازة تنازل من جانب صاحب المصلحة عن حقه فى التمسك بالإبطال^(٢) ، وبها يزول الخطر الذى كان يهدد العقد بالزوال .

وقد نصت المادة ١٣٩ من التقنين المدنى المصرى الحالى فى فقرتها الثانية على أنه : « وتستند الإجازة إلى التاريخ الذى تم فيه العقد دون إخلال بحقوق الغير »^(٣) .

ومن هذا يتضح أن الإجازة إذا صدرت فإن أثرها يستند إلى تاريخ إبرام العقد وبها يصبح العقد صحيحاً بصفة نهائية من وقت انعقاده وكأنه لم يكن قابلاً للإبطال .

والأثر الرجمى للإجازة يكون كما تقول النصوص دون إخلال بحقوق الغير فهو لا يكون لإفناء بين المتعاقدين فلا يؤخذ به بالنسبة إلى الغير الذى كسب حقاً عينياً على الشيء الذى ورد عليه التعاقد .
فلو أن قاصراً باع عيناً وبعد بلوغه سن الرشد باعها ثانية أو رهنها

(١) جاء فى الفتاوى الهندية - ٣ ص ١١٢ : « وكل ما حدث فى البيع الموقوف من كسب وولد وأرض قبل الإجازة فللمشتري » .

(٢) انظر فى هذا رسالة الأستاذ الدكتور عبد المنعم البدر اوى عن أثر مضى المدة فى الالتزام
فقرة ١٣٤ ص ١٣٦ .

(٣) وتطابق هذه المادة المواد ١٤٠ / ٢ من التقنين المدنى السورى ، ٢ / ١٣٩ من التقنين المدنى اللبنى وتنص المادة ٢٢٧ من تقنين الموجبات والعقود اللبنى على أن : « التأييد أياً كان شكله مقدراً كان أو صريحاً أو ضمناً يعمو العيب الذى كان فى العقد فلا يبقى لأحد أن يتخذ هذا العيب حجة للاعتراض بأية وسيلة من الوسائل سواء أ كانت دفماً أم ادعاء وأن التأييد يتضمن العدول عن كل الوسائل التى يمكن الاعتراض بها على العقد ما خلا الحقوق التى اكتسبها شخص ثالث حسن النية » .

لآخر ثم أجاز العقد الأول فإن الإجازة لا تؤثر على حق المشتري الثاني والدائن المرتن إذ تخلص العين لهذا المشتري أو تبقى مثقلة بحق الرهن رغم الإجازة (١).

وحكم الإجازة في فقه القانون المدني الفرنسي لا يختلف عما قرره فقهاء القانون المدني المصري ، فإذا صدرت الإجازة يصبح العقد صحيحاً منذ إبرامه ويزول عيب البطلان الذي لحق به بأثر رجعي وكأنه لم يكن قابلاً للإبطال (٢) .

وبهذه الأحكام أخذ المشرع في القانون المدني العراقي فنصت المادة ١٣٦ في فقرتها الأولى على أن : . . . إجازة العقد الموقوف تستند إلى الوقت الذي تم فيه العقد ، .

غير أننا نلاحظ أن إجازة العقد الموقوف تجعله ينتج آثاراً ما كان ينتجها قبل أن تلحقه الإجازة . أما في العقد القابل للإبطال فإن كل ما يترتب على الإجازة هو أن تزول قابليته للإبطال فهي لا تجعله ينتج آثاراً لم يكن ينتجها من قبل .

ويلاحظ أن المشرع في التقنين المدني العراقي لم ينص على أن استناد أثر الإجازة يجب ألا يضر بحقوق الغير ، ولو أنه نص على ذلك لاستقام

(١) انظر في هذا نظرية العقد في قوانين البلاد العربية للأستاذ الدكتور عبد المنعم فرج الصدة ج ٢ ص ٨٤ . وانظر أيضاً الوسيط للأستاذ الدكتور السهري ج ١ ص ٥١٨ طبعة ١٩٥٢ ، وانظر له أيضاً نظرية العقد ص ٦٧١ .

(٢) انظر في هذا المعنى هنري مازو في الالتزامات ج ٢ ص ٢٥٤ فقرة ٣١٣ طبعة ١٩٦٢ . وانظر أيضاً في شرح القانون المدني الفرنسي بلانيول وريبير واسمان ج ١ ص ٤١٧ - ٤١٨ فقرة ٣٠٤ ، ٣٠٩ ص ٤٢٣ ، وانظر كذلك ريبير وبولانيه في الالتزامات ج ٢ ص ٢٧٧ فقرة ٧٥١ - ٧٥٢ طبعة ١٩٥٧ ، وانظر أيضاً دي لاموراندير في الالتزامات ج ٢ ص ٤٣٥ فقرة ٧٧٢ طبعة ١٩٥٦ وانظر أوبري ورو ج ٤ بند ٣٣٧ ص ٤٤٥ الطبعة الخامسة ، وانظر المادة ١٢٣٨ من القانون المدني الفرنسي .

هذا مع طبيعة العقد الموقوف ، ذلك ان العقد الأخير على خلاف العقد القابل للإبطال لا ينتج آثاره كما بينا إلا إذا لحقته الإجازة . ومقتضى ذلك أن المالك الذى حصل التصرف فى ملكه بدون إذنه أو المتعاقد ناقص الأهلية أو الذى شاب إرادته عيب لا يفقد كل منهم بموجب العقد الموقوف أى حق من حقوقه على المحل المعقود عليه ، فإذا تصرف بعد ذلك فى هذا المحل فإنه يتصرف فى شيء يملكه . فالمشتري مثلاً من قاصر بموجب عقد موقوف لا يصبح مالكا للعين المبيعة إلا بعد صدور الإجازة ، فإذا باع القاصر العين بعد بلوغه سن الرشد أو رهنها قبل أن يحيز العقد الموقوف فإنه يتصرف فى شيء يملكه .

فالمشرع فى التقنين المدنى العراقى ما دام لم ينص على هذا التحفظ بالنسبة إلى حقوق الغير فإن إجازة العقد الموقوف يترتب عليها زوال الحقوق التى ترتبت للغير من جانب المجهين على المحل المعقود عليه فى الفترة ما بين قيام العقد وصدور الإجازة ، وفى المثال المذكور إذا باع القاصر العين بعد بلوغه سن الرشد أو رهنها ، ثم أجاز بعد ذلك البيع الموقوف الذى أبرمه وهو قاصر ، فإن الملكية تستقر للمشتري الأول خالصة من الرهن ^(١) .

(١) انظر فى هذا نظرية العقد فى قوانين البلاد العربية للأستاذ الدكتور عبد المنعم فرج

مبحث الثاني

رفض الإجازة

المطلب الأول

رفض الإجازة في الشريعة

نصه :

عرفنا أن التصرف الموقوف لا حكم له ظاهراً يعرف في الحال بل يكون ظهور أثره موقوفاً على إجازة صاحب الحق فإن أجازته صح ونفذ ، مستنداً إلى وقت نشوء التصرف أو مقتضراً على حال صدور الإجازة كما سبق ، وإن رفضه بطل وقبل أن نبين ما يترتب على رفض الإجازة من رد للتصرف الموقوف وبطلانه نشير إلى أنه يجب التفرقة بين عدم الإجازة ورفضها فالأول عمل سلبى يترتب عليه بقاء التصرف الموقوف غير نافذ إلى أن يجاز أو يرد. أما الثاني فهو عمل إيجابى يترتب عليه رد التصرف الموقوف وبطلانه .

وهذا ما نبينه فيما يلي :

الفرع الأول

رد التصرف الموقوف

يعتبر رفض الإجازة رداً للتصرف الموقوف أو فسخاً له فنبين معنى الرد ومن يكون له هذا الحق وبم يكون ؟

معنى الرد

الرد في اللغة المنع يقال رددت عليه قوله ورددت عليه الوديعة ، وتراد

القوم البيع وردوه^(١). والمعنى اللغوى قريب من المعنى الاصطلاحي .
ففى الاصطلاح رد التصرف الموقوف منعه من إنتاج آثاره وذلك
يرفض لإجازته بمن له الحق شرعاً فى ذلك . ففى بيع الفضولى لمال الغير وهو
من التصرفات الموقوفة إذا لم يحز المالك البيع وأعلن رفضه لإجازته فإن
البيع يبطل ولا يستطيع المالك إجازته بعد رده لأن الرد يتضمن إسقاط
حق صاحب الشأن فى الإجازة وإنهاء وزواله ، والساقط متلاش لا يعود
ويصبح التصرف فى هذه الحالة فى حكم التصرف المفسوخ أو الباطل
والمفسوخ أو الباطل لا ترد على كل منهما الإجازة .

من يكون له هو الرد :

يصح رد التصرف الموقوف كما يصح فسخه من كل من يلتزم بحق
من جراه تنفيذه ، كما يكون حق الرد أيضاً لمن جعل له حق الإجازة كالمالك
فى حالة بيع الفضولى للملكه .

فللمالك ولكل من الفضولى والمشتري منه فى حالة بيع ملك الغير الحق
فى الرد قبل الإجازة لأن كلا منهم يلتزم بواجب يلبس عن العقد فله أن
يدفعه عن نفسه ما دام لم يجب عليه بعد حتى لو أن المالك أجاز بعد ذلك
لا ينفذ التصرف لزوال العقد الموقوف بالرد . هذا فضلاً عن أن المالك هو
صاحب الشأن ، فله أن يحجز إذا رأى فى التصرف الموقوف خيراً له ، وله أن
يرده إذا كان فى التصرف لإضرار به فيحقق له دفعه عن نفسه وحتى لا يخرج
من ملكه ما لا يرضى بخروجه .

وفى نكاح الفضولى يثبت الحق فى الرد لمن عقد له الفضولى ولمن عقد

(١) جاء فى المصباح المنير ج ١ ص ١٠٣ (الرأ مع الدال وما يثلثهما) : « رددت
الشيء رداً منعه فهو مردود وقد يوصف بالمصدر فيقال هو رد ورددت عليه قوله ورددت
إليه جوابه أى رجعت وأرسلت ومنه رددت عليه الوديعة ورددته إلى منزله فارتد إليه وترددت
إلى فلان رجعت إليه مرة بعد أخرى وتراد القوم البيع وردوه وقول الغزالي إلا أن يجتمع
مترادان مأخوذ من هذا كان الماء يرد بعضه بعضاً إذا كان راكداً » .

معه ولا يثبت للفضولي نفسه لأنه معبر محض، كما أنه لا ضرر عليه في تنفيذه ولن يلتزم من جراء نفاذه بشيء، لأن حقوق العقد في النكاح لا يرجع شيء منها إلى الفضولي بخلاف البيع^(١). ومثل النكاح الكفالة فالفضولي فيها لا يلزمه شيء من حقوق الكفالة فلا يكون له أن يردّها بعد أن عقدها^(٢). ويثبت حق الرد كذلك لولي الصبي المميز حين يتصرف الأخير تصرفاً متردداً بين النفع والضرر فإن له أن يجوز التصرف وله أن يردّه إذا لم يكن فيه نفع للصبي، وكذلك يثبت حق الرد للموكل إذا تجاوز الوكيل حدود الوكالة.

صيغة الرد

إجازة العقد الموقوف ليست واجبة على الفور، ولهذا فإن عدها بعد

(١) جاء في البحر الرائق لابن نجيم ج ٦ ص ١٦٠ : « وقيد بالمالك في قوله : فللمالك أن يفسخه أو يجيزه لأن للفضولي فسخه فقط حتى لو أجاز المالك لا ينفذ لزوال العقد الموقوف وإنما كان له ذلك ليدفع الحقوق عن نفسه ، فإنه بعد الإجازة يصير كالوكيل فترجع حقوق العقد إليه فيطالب بالتسليم ويخاصم بالعيب وفي ذلك ضرر به فله دفعه عن نفسه قبل ثبوته وفي البرازية والمشتري فسخ البيع قبل الإجازة تحرراً عن لزوم العقد بخلاف الفضولي في النكاح ليس له أن يفسخ بالقول ولا بالفعل لأنه معبر محض فبالإجازة تنتقل العبارة إلى المالك فتصير الحقوق منوطلة به لا بالفضولي ، وفي النهاية الفضولي في النكاح يملك فسخه بالفعل ، بأن زوج فضولي امرأة رجلاً بنهر رضاها وقبل لإجازته زوجه أحتيا فإن ذلك يكون فسخاً للنكاح الأول وفي فتاوى قاضخان لا يكون فسخاً ويتوقف الثاني » . وانظر أيضاً البدائع ج ٥ ص ١٥١ وفتح القدير ج ٥ ص ٣١٢ ، والدر المختار للحصكفي ج ٤ ص ١٤٨ .

(٢) جاء في المبسوط للسرخسي ج ١٩ ص ١٧٤ - ١٧٥ : « وإذا قال رجل لرجل لفلان على فلان مال فأكفل له بنفسه فقال قد فعلت ثم بلغ الطالب فقال أجزت فإنه يجوز لأنه عقد جرى بين اثنين ولو كان الملتزم وكيل الطالب كانت الكفالة صحيحة فإذا كان فضولياً توقفت على لإجازته فإذا أجاز صار ملتزماً ، ولكفيل أن يخرج من الكفالة قبل قدوم الطالب لأنه يدفع اللزوم عن نفسه عند إجازة الطالب ، ولما قد هذه الولاية في العقد الموقوف إذا فسخه المشتري قل لإجازة المالك وليس للمخاطب (الفضولي) أن يبطل هذه الكفالة قبل لإجازة الطالب لأنه لا يدفع به عن نفسه شيئاً فإنه عند الإجازة لا يجب على المخاطب شيء بخلاف البائع في البيع الموقوف فإنه يجوز فسخه قبل أن يجيزه المالك لأنه يدفع به عن نفسه ضرر لزوم العهدة إذا أجازته المالك » .

وانظر في نفس المعنى جامع الفصولين ج ١ ص ٢٢٩ - ٢٣٠ .

التمكن منها لا يعتبر رداً أو فسخاً، ففسخ التصرف الموقوف أو رده لا يكون بمجرد العمل السلبي بل لابد فيه من عمل إيجابي ، ولكن ظاهر النصوص في المذهب الحنفي تصرح أنه لا يشترط في الرد أن يكون باللفظ الصريح بل يكون أيضاً بالفعل الدال عليه . فإذا قال من له الحق في الرد رددت هذا العقد أو رددت هذا التصرف أو لا أجزه ، أو فسخته — فإنه يرد أو يفسخ ولا تلحقه بعد ذلك الإجازة منه أو من غيره . ومثل هذا أن يتصرف تصرفاً يتنافى مع التصرف السابق ، فإذا باع الفضولي ملك الغير ثم باع الغير هذا المبيع نفسه للفضولي أو لمن تعاقد معه الفضولي أو لغيرهما كان تصرفه فسخاً للمبيع الموقوف ورداً له^(١) .

ومثل البيع في ذلك أن يضمن المالك الفضولي الذي سلم المبيع أو المشتري الذي تسلمه ، فإن تضمنيه لأحدهما يتضمن تملكه له وذلك يتضمن فسخ العقد الموقوف .

وعلى ضوء ما تقدم يفسر أن المشتري من الفضولي لو باع المبيع ثم أجاز المالك بيع الفضولي بطل بيع المشتري لأن بيعه هو الآخر انعقد موقوفاً على إجازة المالك ، فإجازة المالك البيع الموقوف تتضمن فسخاً للبيع الموقوف التالي . وهذا تطبيق من تطبيقات قاعدة طرء الملك البات على الملك الموقوف فيبطل الأخير . وقد سبق أن أوضحنا هذه القاعدة^(٢) .

والفضولي كما قدمنا ليس له أن يفسخ النكاح الذي تولى عقده ، ولكن

(١) جاء في الدر المختار ج ٤ ص ١٤٨ : « وقوله (المالك) لا أجز رد له أى البيع الموقوف فلو أجزه بعد لم يجز لأن انفسوخ لإيجاز بخلاف المستأجر لو قال لا أجز بيع الآخر ثم أجاز جاز » . وجاء في جامع الفصولين ج ١ ص ٢٣١ « غصبه فباعه ثم شراه بأقل مما باع يكون فسخاً للبيع الأول والزيادة للمشتري لا للغاصب ولا للمالك » .

(٢) انظر الفصل الأول من هذا الباب تحت عنوان : « طرء الملك البات على الملك الموقوف » .

ينفسخ بتجديده لأن تجديده من الطرف الثاني يتضمن فسخه منه ورده له ،
وللطرف الثاني حق فسخ النكاح الذي انعقد موقوفاً (١) .

هذه هي حقيقة رد التصرف الموقوف عند الحنفية .

وفي المذهب المالكي (٢) وعند الشافعية في المذهب القديم (٣) وكذا
عند الحنابلة (٤) والشيعة الزيدية (٥) والإمامية (٦) في إحدى الروايتين عندهم
لا يختلف مضمون الرد في معناه وصيغته عما قرره فقهاء الأحناف ، فالرد كما
يستفاد من النصوص عندهم يكون كما بينا بكل ما يدل عليه من قول أو فعل ،
فلو علم المالك ببيع الفضولي ماله ثم باعه من غيره أو باعه منه اعتبر بيعه
رداً لبيع الفضولي وفسخاً له والإجازة لا ترد على العقد المفسوخ أو الباطل
ولمّا محلها هو العقد الموقوف أو غير النافذ . وكذلك إذا قال المالك
لا أرضى بالتصرف أو لا رغبة لي فيه أو لا أجيزه فإن ذلك يعتبر ردّاً
للتصرف الموقوف يترتب عليه بطلانه .

(١) جاء في جامع الفصولين ج ١ ص ٢٣٠ : « زوجه فضولى بأمرها بألف درهم ،
ثم الفضولى والمرأة جددا النكاح لذلك الرجل بخمسين ديناراً ينفسخ الأول بالثاني حتى إن
الزوج لو أجاز الأول لا تعمل لإجازته ولو أجاز الثاني صح » .

(٢) جاء في شرح الحرشى ج ٥ ص ٢٩٢ : « المجيز إذا تصرف بمعاوضة بغير إذن
وليه فذلك موقوف على نظر وليه من إجازة أو رد كان الولي أباً أو غيره حيث استوت
مصلحة الرد والإجازة » .

(٣) انظر في معنى قابلية التصرف الموقوف للرد والإجازة المجموع شرح المذهب ج ٩
ص ٢٥٩ في فقه الشافعية في المذهب القديم ونهاية المحتاج ج ٣ ص ٢٣-٢٤ .

(٤) انظر في فقه الحنابلة المغنى لابن قدامة ج ٤ ص ٢٠٥-٢٠٦ .

(٥) جاء في كتاب المتزج المختار في فقه الشيعة الزيدية ج ٣ ص ٤٢ : « لو بطل العقد
قبل الإجازة بفسخ أو وقع ما يجرى مجرى الفسخ وذلك نحو أن يعقد عليه المالك أو الفضولى
عقداً آخر أو يقول المالك لا أرضاه أو لا رغبة لي فيه أو لا أجيزه بطل » .

(٦) انظر في فقه الشيعة الإمامية في قابلية العقد الموقوف للإجازة والرد على إحدى الروايتين .
في المذهب مفتاح الكرامة للعاملى ج ٤ ص ١٨٤ وما بعدها .

وعلى هذا فالرد مبين للإجازة ومغاير لها فهل تؤدي إلى جعل التصرف نافذاً ومنتجاً لأثره . أما الرد فيترتب عليه إسقاط الحق في الإجازة وزواله وبالتالي بطلان التصرف الموقوف وهذا ما نوضحه فيما يلي :

الفرع الثاني

بطلان التصرف الموقوف

إذا رفض من له الحق في إجازة التصرف الموقوف شرعاً إجازته فإنه يترتب على ذلك بطلانه فيصبح العقد الموقوف كالعقد الباطل من حيث أن كلا منهما لا ينتج أثره ويكون للبطلان أثر رجعي . والعقد في حالة إبطاله كما في حالة رده أو فسخه لا يزول فحسب بل يعتبر كأن لم يكن .

وإذا كان العقد الموقوف يبطل برفض إجازته من له الحق في ذلك ، فإنه يبطل بوجه عام إذا فقد عنصراً من العناصر التي اشترطت لوجوده ويتحقق ذلك بما يأتي :

١ — بهلاك محل التصرف الموقوف فإذا لم يوجد بطل التصرف لأن الإجازة ترد على محل قائم وموجود^(١) .

٢ — بفقد المميز^(٢) أو من له الولاية على إجراء التصرف ففقده وقت إجراء التصرف يمنع انعقاده ، وكذلك فقده قبل الإجازة يبطل انعقاده ، وإذا بطل الانعقاد فلا ترد الإجازة على العقد وهذا هو مذهب الحنفية مع استثناء القسمة عند أبي حنيفة وأبي يوسف استحساناً ، ويخالفهم في ذلك جمهور الفقهاء فيهم يقولون بانتقال حق الإجازة إلى الوارث إذا مات المميز

(١) انظر البحر الرائق لابن نجيم ج ٦ ص ١٦٠ .

(٢) جاء في الجوهرة النيرة ج ١ ص ١٩٦ : « إن مات المالك قبل الإجازة انفسخ البيع ولا يجوز بإجازة ورثته ، وقد استثنى من ذلك القسمة عند أبي حنيفة وأبي يوسف » .

قبل الإجازة وقد سبق بيان ذلك^(١) .

٣ — بفقد الفضولى لأنه بالإجازة تترتب عليه حقوق العقد ويلزم بما ينشأ عنه من التزامات والحقوق لا تترتب على الهالك . أما فى التصرفات التى لا تلزم الفضولى حقوقها فلا يشترط بقاءه كما فى النكاح^(٢) .

٤ — بفقد الطرف الثانى فى العقد كالمشتري فى البيع الموقوف لأنه بالإجازة يلزمه حكم العقد وحقوقه ، ولا يلزم الشخص بعد وفاته بما لم يلتزم به فى حياته^(٣) .

المطلب الثانى

رفض الإجازة فى القانون

نصت المادة ١٣٩ من التقنين المدنى المصرى الحالى فى فقرتها الثانية على أنه : « وتستند الإجازة إلى التاريخ الذى تم فيه العقد دون إدخال بحقوق الغير » . وفى حالة بيع ملك الغير مثلاً إذا رتب المشتري حقاً عينياً كالرهن ثم تقرر البطلان فإن البائع يسترد العين خالية من الحق العينى الذى رتبته المشتري بشرط أن يكون البائع قد سجل دعوى البطلان أو أشر بها على هامش تسجيل العقد الباطل » .

فالإجازة فى القانون أثر رجعى بشرط عدم الإضرار بحقوق الغير .

فإذا رفض الإجازة من له الحق فى ذلك ولم يتنازل عن التمسك بحقه فى إبطال العقد فإن العقد يبطل . ونوضح فيما يلى تقرير البطلان وما يترتب عليه .

(١) انظر الفصل الأول من هذا الباب تحت عنوان : « موت المميز قبل الإجازة » .
(٢) جاء فى فتح القدير ج ٥ ص ٣١١ : « شرط بقاء البائع لأنه يلزمه حقوق العقد بالإجازة ولا تلزم إلا حياً » .

(٣) وفى فتح القدير : فى الموضع المتقدم : « شرط بقاء المشتري ليلزمه الثمن وبعد الموت لا يلزمه ما لم يكن لزمه فى حال حياته » .

تقرير البطلان

العقد القابل للإبطال عقد منتج لآثاره ولكنه مهدد بالزوال فلا بد لتقرير بطلانه من التراضى أو التقاضى ، والحكم الذى يصدر فى دعوى الإبطال ينشئ البطلان لأن العقد قبله كان صحيحاً منتجاً لآثاره^(١) .

والقانون المدنى العراقى حين أخذ بنظرية العقد الموقوف لم يخرج عن هذه الأحكام غير أن العقد الموقوف لا ينتج آثاره خلال فترة التوقف على خلاف العقد القابل للإبطال .

فإذا كان العقد قابلاً للإبطال وتقرر إبطاله فلا يكون له وجود قانونى ، ولا يرتب أثراً ما سواه فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير^(٢) . وإذا أبطل العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التى كانوا عليها قبل العقد فإذا كان هذا مستحيلاً جاز الحكم بتعويض معادل (م ١/١٤٢ مدنى مصرى)^(٣) .

أما العقد الموقوف فهو لا ينتج أثراً خلال فترة التوقف - كما بينا - إلا إذا أجزى ، وإذا رفض إجازته من له حق الإجازة بطل العقد ، وبهذا أخذ المشرع فى التقنين المدنى العراقى فنصت المادة ١٣٥ منه على ما يأتى :

١ - من تصرف فى ملك غيره بدون إذنه انعقد تصرفه موقوفاً على إجازة المالك .

.. فإذا أجاز المالك تعتبر الإجازة توكيلاً ويطالب الفضولى بالبدل إن كان قد قبضه من العاقد الآخر .

(١) انظر فى هذا دروس فى النظرية العامة للالتزامات للدكتور محمد جمال الدين زكى ص ٢٦٠ طبعة ١٩٦٤ - ١٩٦٥ .

(٢) انظر فى هذا مصادر الحق ج ٤ ص ١٣٢ للأستاذ الدكتور السهنورى .

(٣) وتطابقها المادة ١٤٣ / ١ مدنى سورى ، ٢٣٣ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني .

٣ - وإذا لم يحجز المالك تصرف الفضولي بطل التصرف . وإذا كان العاقد الآخر قد أدى للفضولي البدل فله الرجوع عليه به . فإن هلك البدل في يد الفضولي بدون تعد منه ، وكان العاقد الآخر قد أداه عالماً أنه فضولي فلا رجوع له عليه بشيء منه .

٤ - وإذا سلم الفضولي العين المعقود عليها لمن تعاقد معه فهلكت في يده بدون تعد منه فللمالك أن يضمّن قيمتها أيهما شاء . فإذا اختار تضمين أحدهما سقط حقه في تضمين الآخر .

فهذه أحكام خاصة تترتب على تقرير نقض العقد الموقوف أو بطلانه وقد تأثر فيها المشرع العراقي بأحكام الفقه الإسلامي .

المبحث الثالث

العقد إذا كان في شق منه نافذاً وفي شق آخر موقوفاً

في الشريعة وما يقابله في القانون

ذهب الحنفية إلى أنه إذا كان العقد في شق منه نافذاً وفي شق آخر موقوفاً ، فإنه يترتب على إجازة العقد في الشق الموقوف أن يصبح صحيحاً نافذاً في الشقين جميعاً ، وإذا لم يحجز الشق الموقوف انتقض العقد فنقض في شق وسقط في الشق الآخر (١) .

وهذه المعاني نجدها عند المالكية فقد جاء في القوانين الفقهية لابن جزي « ولو باع الرجل ملكه وملك غيره في صفقة واحدة صح البيع فيهما ولزمه في ملكه ووقف اللزوم في ملك غيره على إجازته » (٢) .

كما نجد هذه الفكرة عند الشيعة الإمامية فقد جاء في كتاب مفتاح

(١) انظر في هذا البحر الرائق لابن نجيم ج ٦ ص ٩٠ - ٩١ وتبيين الحقائق للزبامى

ج ٤ ص ٦٠ - ٦١ ، والفتاوى الهندية ج ٣ ص ١٣١ - ١٣٣ .

(٢) انظر في هذا القوانين الفقهية لابن جزي ص ٢٥١ مطبعة النهضة بتونس ١٣٤٤ هـ

الكرامة للعامل : « ولو باع مملوكه ومملك غيره صفقة صح فيما يملك ووقف الآخر على إجازة المالك ، فإن أجاز نفذ البيع وقسط الثمن عليهما بنسبة المالكين بأن يقوموا جميعاً ثم يقوم أحدهما إذا كان من ذوات القيم ، أما صحته فيما يملك فالبيع صحيح بالإجماع ، وأما وقوف الآخر على إجازة المالك فهو محل خلاف وإذا لم يحز بطل ، (١) .

ويلاحظ أنه لا يرد في مذهب الشافعي الجديد وكذا عند الحنابلة في الرواية الأخرى في المذهب أن يكون العقد في شق منه نافذاً وفي شق آخر موقوفاً فالعقد الموقوف عند هؤلاء عقد باطل . أما الصورة التي ترد عندهم ، فهي أن يكون العقد في شق منه صحيحاً وفي شق آخر باطلاً (٢) وفي هذه الحالة يبقى الشق الصحيح في العقد قائماً ويسقط الشق الباطل .

وهذه المعاني التي عرفها الفقه الإسلامي عن فكرة انتقاص العقد يقابلها ما نص عليه المشرع في التقنين المدني المصري الحالي في المادة ١٤٣ منه التي تنص على أنه : « إذا كان العقد في شق منه باطلاً أو قابلاً للإبطال فهذا الشق وحده هو الذي يبطل إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً أو قابلاً للإبطال ، فيبطل العقد كله (٣) .

ففي فقه القانون يجب لا انتقاص العقد أن يكون هناك عقد باطل في

(١) مفتاح الكرامة للعامل ج ٤ ص ٢١٢ ، وفي المختصر النافع ص ١١٨ : « ولو جمع بين ما يملك وما لا يملك في عقد واحد كعبد وعبد غيره صح في عبده ووقف الآخر على الإجازة » .

(٢) انظر في فقه الشافعية المذهب للشيرازي ج ١ ص ٢٦٩ ، والوجيز للقرظي ج ١ ص ١٤٠ . وانظر في فقه الحنابلة المفتي لابن قدامة ج ٤ ص ٢٩١ — ٢٩٣ .

(٣) ويقابل هذا النص المادة ١٣٩ من التقنين المدني العراقي التي تنص على أنه : « إذا كان العقد في شق منه باطلاً فهذا الشق وحده هو الذي يبطل . أما الباقي من العقد فيبطل صحيحاً باعتباره عقداً مستقلاً إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً » .

أحد أجزائه دون الأجزاء الأخرى ، لأنه لو كان باطلاً في جميع أجزائه لما كان هناك وجه لانتقاصه ، فإن أى جزء منه يبقى بعد الانتقاص يكون باطلاً ، وقد يكون هناك محل لتحويله إلى عقد آخر صحيح^(١) طبقاً لما تقضى به نظرية تحول العقد المنصوص عليها في المادة ١٤٤ من التقنين المذكور وهذا نصها : « إذا كان العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال وتوافرت فيه أركان عقد آخر فإن العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذى توافرت أركانه إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد » .

والعبرة في الانتقاص في فقه القانون هي بقصد المتعاقدين .

أما في الفقه الإسلامى فالانتقاص يتم على أساس موضوعى لا على أساس ذاتى ، فإذا كان المبيع في شق منه نافذاً وفي شق آخر موقوفاً دخل المبيع كله في العقد إذ ينعقد البيع في الشقين ، فإذا سقط الشق الموقوف لعدم إجازته بقي الشق النافذ بحصته من الثمن وذلك لجواز البيع بالحصة من الثمن بقاء^(٢) .

(١) انظر في هذا الوسيط للأستاذ الدكتور السنهوري ج ١ ص ٤٩٢ — طبعة ٤٩٩
١٩٥٢ وانظر له أيضاً مصادر الحق ج ٤ ص ١٠٦ .

(٢) ذلك أنه لا يجوز البيع بالحصة من الثمن ابتداءً للجهالة الثمن عند العقد ، ويجوز ذلك بقاء بحصته من الثمن وقد خالف في ذلك زفر من الحنفية فهو يرى عدم جواز انتقاص العقد في أية حالة لأن العقد قد وقع على المجموع ، والمجموع لا يتجزأ (انظر في بيان ذلك الزيلعي ج ٤ ص ٦٠ — ٦١) ، والبسوط ج ١٣ ص ٣ — ٥ والبحر الرائق ج ٦ ص ٩٠ — ٩١) .

خاتمة القسم الأول

إلى هنا انتهينا من الكلام عن حقيقة العقد الموقوف ومحلله وحكمه ، وكانت دراستنا دراسة مقارنة بين فقهى الشريعة الإسلامية والقانون المدنى وأحكام للتقنين المدنى العراقى الذى أخذ بفكرة العقد الموقوف وأحلها محل فكرة العقد القابل للإبطال أو الباطل بطلاناً نسبياً .

ولما كانت دراسة القواعد والمسائل النظرية ليست مقصودة لذاتها بل لتطبيقها واستخراج الأحكام على ضوءها حتى يوثق البحث ثمرته المرجوة ، هذا فضلاً عن أن نظرية العقد الموقوف مستقاة فى تأصيلها من التطبيقات بل هى وليدة هذه التطبيقات .

إذا رأينا أفراد قسم تطبيقي أوضحنا فيه بعض التطبيقات على هذه النظرية .

وقد قسمنا هذا القسم إلى أبواب ثلاثة : تكلمنا فى الباب الأول عن التصرفات التى تصدر من ليست لهم ولاية التصرف كالفضولى وكالوكيل حين يتجاوز حدود الوكالة ، ثم بينا مدى ولاية المرئى فى التصرف وفرقنا بين الوقف فى تصرفاته والوقف فى تصرفات الفضولى ومن فى حكمه .

وفى الباب الثانى تكلمنا عن تصرفات ناقص الأهلية كالصبي المميز ومن فى حكمه كالسفيه وذى الغفلة ، وكذا تصرف معيب الإرادة كالمكره ومن وقع فى غلط أو تدليس . وفى الباب الثالث تكلمنا عن التصرف فيما تعلق به حق الغير كتصرف الموصى الضار بالدائنين أو بالورثة ، وتصرف المدين المحجور عليه الضار بدائنيه ، ثم تكلمنا عن بيع العين المرهونة والمستأجرة ، وكذا تصرف الشريك فى الحصة الشائعة إذا كانت الشركة بالخلط والاختلاط . ثم أتينا بعد ذلك بخاتمة بينا فيها خلاصة ما انتهينا إليه وما نقترح تعديله من نصوص فى المجموعة المدنية المصرية الحالية على ضوء هذه الدراسة .

القسم الثاني

بعض التطبيقات على نظرية العقد الموقوف

الباب الأول

التصرف عن الغير دون ولاية

تمهيد :

الأصل في التصرف عموماً أن يقع لمن قام به ، فالشخص يلتزم بإرادته أو بعمله المادى ، ولكنه لا يلزم غيره بهذه الإرادة أو هذا العمل وهذا ما تعنيه الآية الكريمة : « وأن ليس للإنسان إلا ما سعى »^(١) . وقوله جل شأنه : « لها ما كسبت وعليها ما اكتسبت »^(٢) . فالأصل في التصرف الإنسانى النسبية بمعنى أن آثار التصرف تقتصر على شخص المتصرف ولا تتعداه إلى غيره .

وقد يسلّم الشارع بفكرة أن للشخص أن يتصرف عن غيره مع وقف نفاذ هذا التصرف على إجازة صاحب الشأن أو من يملك الإجازة شرعاً متى دعت إلى ذلك ضرورة المحافظة على مصلحته ، ولم يترتب على ذلك ضرر بالغير المتصرف عنه .

وقد يباشر التصرف الشرعى الأصيل كما قد يباشره عنه الولي أو الوكيل والتصرف فى هذه الحالة يكون صادراً من له ولاية التصرف .

وقد يباشر التصرف من ليست له ولاية التصرف ودون إذن شرعى من صاحب الشأن وذلك كالفضولى والوكيل حين يتجاوز حدود الوكالة .

(١) سورة النجم : آية ٣٩ ج ٢٧ .

(٢) سورة البقرة : آية ٢٨٦ ج ٣ .

لهذا كان من المهم إبراز التفرقة بين الولاية والوكالة والرسالة والفضالة على النحو الآتي :

الولاية والوكالة والرسالة في الشريعة

الولاية في اللغة النصرة^(١) .

وفي الاصطلاح تنفيذ القول على الغير شاء أو أبي^(٢) .

وهذا التعريف مردود عليه من وجهين :

الوجه الأول : أن التنفيذ هو الحكم المترتب على الولاية لا نفسها .

الوجه الثاني : التعريف بهذا الوضع قاصر فهو لا يتناول إلا ولاية الإيجاب التي هي أحد نوعي الولاية .

وكل من عرف الولاية عرفها بالتعريف السابق ولعل ملحظهم في ذلك أن ولاية الإيجاب هي أكمل أنواع الولاية فلماذا عرفوا الولاية بأكمل أنواعها .

وخير تعريف للولاية هو : « الولاية قوة تثبت لمن ملكها حق التصرف في النفس أو في المال أو فيهما معاً »^(٣) .

والولاية نوعان : عامة وخاصة . والخاصة أقوى ولهذا قالوا إن القاضي لا يزوج اليتيم واليتيمة إلا عند عدم وجود ولي لهما في النكاح ولو كان

(١) جاء في المصباح المنير ج ٢ ص ١٢٧ الطبعة السادسة الأميرية ١٩٢٥ م : (الواو مع اللام وما يثلثهما) : « وليت الأمر إليه بكسرتين تولية والولاية بالفتح والكسر النصرة » .

(٢) عرفها الحموي في حاشيته على الأشباه والنظائر ج ١ ص ١٩١ بأنها « نفاذ التصرف على الغير شاء أو أبي » .

(٣) رسالة الوكالة ص ١٠ للأستاذ محمد زكريا البرديسي .

ذارحم محرم، وظاهر كلام الفقهاء أن الولاية الخاصة مراتب^(١).

١ — ولاية عليا كولاية الأب والجد.

٢ — ولاية سفلى كولاية الوكيل.

٣ — ولاية بينهما كولاية الوصى.

فالأولى وصف ذاتى للأب والجد فلو عزلوا أنفسهما لم ينزعلا.

والسفلى وصف غير ذاتى للوكيل فله وللموكل حق الفسخ.

كما أن الولاية العليا مستفادة من الشارع. أما الولاية السفلى فستفادة من الموكل باختباره وعلى هذا فالوكالة ولاية اختيارية خاصة إذ بها تثبت ولاية التصرف للوكيل باختيار الموكل فكل وكالة ولاية ولا عكس فالنسبة بينهما العموم والخصوص المطلق^(٢).

ويمكن تعريف الوكالة فى اللغة : بأنها تفويض الأمر إلى الغير يقال وكنته توكيلا فتوكل، أى قبل الوكالة وتوكل على الله اعتمد عليه^(٣).

وفى الاصطلاح : التوكيل إقامة الإنسان غيره مقام نفسه فى تصرف بجائز معلوم من يملكه عجزاً أو ترفهاً^(٤).

وبهذا تتميز الوكالة عن الرسالة^(٥).

(١) جاء فى البدائع للكاسانى ج ٥ ص ١٥٢ : « والولاية نوعان : نوع يثبت بتولية المالك ونوع يثبت شرعاً لا بتولية المالك أما الأول فهو ولاية الوكيل ... وأما الثانى فهو ولاية الأب والجد أب الأب والوصى والقاضى ».

(٢) انظر فى بيان هذا رسالة الوكالة لأستاذنا محمد زكريا البرديسى ص ١٠.

(٣) جاء فى المصباح النير ج ٢ ص ١٤٩ (الواو مع الكاف وما يثلثهما) : « وكنت الأمر لآلِهِ وكلا ووكوناً من باب وعد فوضته لآلِهِ وا كتفيت به ... ووكلته توكيلا فتوكل قبل الوكالة ومى بفتح الواو والكسر لغة وتوكل على الله اعتمد عليه ووثق به ».

(٤) انظر فى بيان حقيقة الوكالة رسالة الوكالة المشار إليها ص ٧ وما بعدها.

(٥) جاء فى المصباح النير ج ١ ص ١٠٤ (الراء مع السين وما يثلثهما) : « أرسلت =

فالرسالة هي تبليغ شخص كلام آخر لغيره دون أن يكون له دخل في التصرف .

وبالنظر إلى حقيقة الوكالة والرسالة في الاصطلاح نجد أن النسبة بينهما التباين فليس الرسول وكيل ولا الوكيل رسولا والفرق بينهما يتلخص في أن الرسول يسند العقد إلى المرسل، والوكيل لا يسنده إلى الموكل إلا في النكاح وأشباهه فإن الوكيل يعتبر سفيراً ومعبراً .

ثم إن صورة ما يصير به الوكيل وكيل غير صورة ما يصير به الرسول رسولا فالصورة الأولى كن وكيلاً عنى . وكلتك في قبض المبيع ، وكلتك لتقبضه . والصورة الثانية كن رسولا عنى في قبضه وأرسلتك لتقبضه أو قل لفلان أن يدفع المبيع إليك^(١) .

هذه هي حقيقة الولاية والوكالة والرسالة في الشريعة^(٢) وهي من التصرفات التي يكون المتصرف فيها مأذوناً له في التصرف، وهي بهذا تختلف

رسولا بعثته برسالة يؤديها .. وأرسلت الطائر من يدي إذا أطلقته وحديث مرسل لم يتصل إسناده بصاحبه وأرسلت الكلام إرسالا أطلقته من غير تقييد » -
(١) انظر في بيان ذلك رسالة الوكالة ص ١١ .

(٢) وفي فقه القانون المدني لا يختلف مدلول كل من الولاية والوكالة والرسالة عما اصطلاح عليه فقهاء الشريعة الإسلامية .
فالولاية بالمعنى العام هي صلاحية الشخص للقيام بالأعمال القانونية والقضائية المتعاقبة بغيره وحساب ذلك الغير .

وأما الولاية بالمعنى الخاص فيقصد بها تلك التي تثبت بحكم القانون للأب وللجد الصحيح (المدخل للعلوم القانونية للدكتور سليمان مرقس ص ٦٠٩ فقرة ٣١٧ طبعة ١٩٦٧ م) .
وفي المدخل للعلوم القانونية ص ٦١٠ بند ٣٩٧ طبعة ١٩٦٢ للدكتور عبد المنعم البدرأوى :
« الولاية سلطة مقررّة للشخص تجعله قادراً على القيام بأعمال قانونية تنفذ في حق الغير فتكسبه حقاً أو تحمله بالإنزام » .

وأما الوكالة فقد عرّفها المادة ٦٩٩ من التقنين المدني المصري الحالي بقولها : « الوكالة عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل » .

وأما الرسالة فهي التعبير عن إرادة المرسل لا عن إرادة الرسول نفسه وهذا بخلاف النائب والوكيل فكل منهما يعبر عن إرادته هو لاعتن إرادة الأصيل (الوسيط للأستاذ الدكتور السنهوري ج ١ ص ١٩١ هامش (١) طبعة ١٩٥٢ م) .

عن الفضالة فالفضولي وإن كان يتصرف لحساب غيره إلا أنه يقوم بهذا التصرف دون إذن من هذا الغير ودون أن تكون له ولاية على التصرف ، ومن ثم فقد ذهب الرأي الغالب في فقه الشريعة الإسلامية إلى القول بانعقاد تصرفه موقوفاً على إجازة صاحب الشأن أو من له الحق في الإجازة شرعاً ، حماية لصاحب الحق وحتى لا يخرج شيء من ملكه دون رضاه وقد سبق بيان حقيقة الفضالة وحكم تصرفات الفضولي سواء أكان التصرف بعوض أم كان تبرعاً أم كان من التصرفات الأخرى كالزواج ولهذا فإننا نحيل إلى ما سبق دراسته (١) .

ولما كان الوكيل حين يخالف الحدود المرسومة في الوكالة يعتبر في هذا القدر الذي خالف فيه هذه الحدود فضولياً ، لهذا فإننا سنبين في الفصل الأول من هذا الباب مدى ولايته في التصرف . كما سنبين في فصل آخر مدى ولاية المرتد في التصرف في أمواله أثناء رده مبينين حكم تصرفاته من حيث النفاذ والوقف والبطالان .

(١) انظر في هذا الباب الثاني من القسم الأول من هذه الرسالة .

الفصل الأول

مخالفة الوكيل حدود الوكالة

المبحث الأول

مخالفة الوكيل حدود الوكالة في الشريعة

تمهيد :

إذ تعاقد الوكيل بالبيع والشراء مع الأجنبي فذلك مما لا خلاف في جوازه وإلا انسد باب الوكالة وبالناس حاجة إليها ، إلا أنه إذا كانت الوكالة مقيدة وجب مراعاة القيد ولا تجوز المخالفة إلا إلى خير ، لأن الخلاف إلى خير وإن كان خلافاً في الصورة إلا أنه وفاق في المعنى ، والعبرة بالمعنى لا بالصورة .

وإذا خالف الوكيل المقيّد الحدود المرسومة له في الوكالة ، فقد تكون هذه المخالفة في الشراء ، وقد تكون في البيع ونوضح فيما يلي حقيقة كل منهما .

المطلب الأول

مخالفة الوكيل بالشراء

الوكيل المقيّد بالشراء إذا خالف فقد تكون مخالفته في الموكل فيه أو في ثمنه وهذا ما نبينه فيما يلي :

الفرع الأول

مخالفة الوكيل المقيّد بالشراء في الموكل فيه

إذا خالف الوكيل المقيّد بالشراء في الشيء الموكل فيه فإما أن تكون في جنسه أو في قدره .

ونبين فيما يلي حقيقة كل منهما :

مخالفة الوكيل المقيّد بالشراء في جنس الموكل فيه
إذا وكل إنسان آخر في شراء ثوب من الجوخ فعلى الوكيل أن يلتزم
ما قيده به موكله ولا يخالفه فإن اشترى ثوب حرير كان مخالفاً

وقد انقسمت آراء الفقهاء في حكم هذه المخالفة ، فذهب الحنفية إلى أن
الأصل في الوكيل بالشراء إذا خالف فإنه يكون مشترياً لنفسه بخلاف
الوكيل بالبيع فإن تصرفه يتوقف على إجازة الموكل ، والفرق بينهما أن
الوكيل بالشراء متهم إذ يملك الشراء لنفسه فأمكن تنفيذه عليه لأن العقد متى
وجد نفاذاً على العاقد نفذ عليه .

ولكن تصرفات الوكيل بالشراء تتوقف إذا كانت الوكالة في شراء شيء
بعينه بخلاف واشترى نصفه لعدم إمكان التنفيذ عليه ، وهذا ما سنوضحه فيما
يلي عند الكلام عن شراء بعض الموكل في شرائه . هذا إذا كان التوكيل
بالشراء مقيداً . أما إذا كان مطلقاً فإنه يراعى فيه الإطلاق ما أمكن إلا إذا
قام دليل التقييد من عرف أو غيره فيتقيد به ، ثم إن المشتري يلزم الوكيل
عند الحنفية إن لم يكن صديقاً أو عبداً محجوراً عليهما فيتوقف التصرف على
إجازة الموكل لأنهما لا يملكان الشراء لأنفسهما فلا يمكن التنفيذ عليهما^(١) .

وإذا خالف الوكيل بالشراء وكانت مخالفته في جنس الموكل فيه صح
الشراء عند الحنفية^(٢) ويوافقهم في ذلك المالكية^(٣) وهو قول للحنابلة^(٤)
إن اشترى الوكيل في الذمة ثم نقد الثمن .

(١) انظر البدائع للكاساني ج ٦ ص ٣٠ . وانظر رسالة الوكالة لأستاذنا محمد زكريا
البرديس ص ١٤٣ وما بعدها .
(٢) البدائع ج ٦ ص ٣٠ .
(٣) انظر في فقه المالكية شرح الحرشي ج ٦ ص ٧٣ طبعة المطبعة الأزهرية ١٣٠٩ هـ .
(٤) انظر في فقه الحنابلة المغني لابن قدامة ج ٤ ص ٢٠٥ طبعة ١٣٦٧ هـ .

وذهب الشافعية^(١) إلى عدم صحة الشراء ، ويوافقهم في ذلك الحنابلة في الصحيح إن اشترى الوكيل بعين مال الموكل ، وفي رواية يصح ويقف على إجازة الموكل^(٢) .

ومن ثم فإنه يتلخص لنا أن هناك آراء ثلاثة :

١ — رأى يقول بصحة الشراء .

٢ — رأى يقول ببطلانه .

٣ — رأى يفصل .

دليل الرأى الأول

استدل أصحاب الرأى الأول بأن العقد يقوم بالكلام وصحة عبارة العاقد لكونه أهلاً لا لكونه وكيلًا إلا أن الموكل قد استنابه في حق تحصيل الحكم فإذا فسدت هذه الاستنابة بالمخالفة كان العقد صحيحاً إذ لا تأثير لهذه المخالفة إلا في تحصيل الحكم .

دليل الرأى الثاني

قالوا إن الوكيل عقد العقد للموكل مع أن الموكل لم يأذنه فيما عقد ، فصار الوكيل فضولياً فيما عقد فبطل عقد ، لأن عقد الفضولى باطل لقوله صلى الله عليه وسلم : « لا تبع ما ليس عندك » أى ما لا تملك .

لكن يمكن أن يقال إن هذا الحديث خاص ببيع المعدوم فلا يصلح

(١) جاء في نهاية المحتاج ج ٢ ص ٣٥ طبعة ١٣٠٤ هـ : « ومتى خالف الوكيل على غير الوجه المأذون فيه في الشراء كأن أمره بشراء ثوب بهذا فاشترى بغيره أى بعينه من مال موكله أو بشراء في الثمة فاشترى بالدين فتصرفه باطل لا تنفاه إذن الموكل فيه » .
(٢) جاء في المغنى والشرح الكبير ج ٥ ص ٢٤٩ طبعة ١٣٤٧ هـ : « إن اشترى الوكيل بعين المال فالصحيح أنه يبطل وفي رواية يصح ويقف على الإجازة » .

دليلاً على بطلان عقد الفضولي وقد سبق مناقشة هذا الحديث (١) .

دليل الرأي الثالث

استدل هؤلاء المفصلون على صحة الشراء إن اشترى الوكيل في الذمة ثم فقد الثمن بأن الوكيل اشترى بشمن في ذمته وليس ملكاً لغيره ، فلم يتصرف في ملك غيره فصح كما لو لم ينوه لغيره .

كما استدلووا على البطلان إن اشترى الوكيل بعين مال الموكل بأن الوكيل عقد على مال من لم يأذن له في العقد فلم يصح (٢) . كما أن عقد الوكيل على مال الموكل الذي لم يأذن فيه يعتبر تصرفاً في ملك الغير فيكون باطلاً لحديث « لا تبع ما ليس عندك » الذي سلف بيانه .

ويرد على هذا الدليل بحديث عروة البارقي فإنه اشترى للنبي صلى الله عليه وسلم شاة أخرى غير الشاة المأذون بها بعين مال النبي وقد أجازته صلى الله عليه وسلم وأقره فدل على أن مثل هذا التصرف يقع صحيحاً (٣) . وبذلك يسلم الرأي القائل بصحة الشراء وهو الراجح .

مخالفة الوكيل المقيّد بالشراء في قدر الموكل فيه

يجب على الوكيل المقيّد بالشراء أن يلتزم ما قيده به الموكل من القدر بالنسبة للشئ الموكل فيه ، إلا أن تكون المخالفة إلى خير فإذا وكل إنسان آخر في شراء شاة بدينار بين له نوعها وصفتها ألزم الوكيل بما قيده به الموكل ، فإن خالف واشترى شاتين في عقد واحد بدينار . فإن كانت كل واحدة منهما تساوي ديناراً ألزمت الشاتان الموكل عند الخبايلة (٤) والشافعية

(١) انظر الباب الأول من القسم الأول من هذه الرسالة تحت عنوان : « أدلة الفائلين بالبطلان » .

(٢) المغني والشرح الكبير ج ٥ ص ٢٤٩ طبعة ١٣٤٧ هـ .

(٣) انظر الباب الأول من القسم الأول تحت عنوان : « أدلة الفائلين بالوقف » .

(٤) المغني والشرح الكبير ج ٥ ص ٢٤٩ .

في المشهور^(١) وهند أبي يوسف من الحنفية^(٢) والمالكية^(٣) .

وذهب أبو حنيفة ومحمد^(٤) والشافعية في غير المشهور^(٥) إلى أنه يقع للموكل إحدى الشاتين بنصف دينار والآخرى للوكيل، ومن ثم فإنه يتناخص لنا أن هناك رأيين :

١ — رأى يقول بلزوم الشاتين للموكل .

٢ — ورأى يقول بلزوم الموكل شاة بنصف دينار .

وقد استدلل أصحاب الرأى الأول بحديث عروة البارقي الذى سبق بيانه

(١) جاء في نهاية المحتاج ج ٤ ص ٣٤ : « ولو قال اشتر بهذا الدينار شاة ووصفها بصفة بأن بين نوعها ... فاشترى شاتين بالصفة .. فإن لم تساو كل واحدة منهما ديناراً لم يصح الشراء للموكل ، وإن ساوته كل واحدة فالأظهر الصحة أى صحة الشراء وحصول الملك فيهما للموكل لخبر عروة البارقي في بيع الفضولى ولأنه حصل غرضه وزاد خيراً .. وإن اشترى في الذمة فلموكل واحدة بنصف دينار والآخرى للوكيل ويرد على الموكل نصف دينار وإن اشترى بعين الدينار فقد اشترى شاة بإذن وأخرى بغير إذن فيبطل في واحدة ويصح في أخرى عملاً بتفريق الصفة » .

(٢) انظر البدائع للكاساني ج ٦ ص ٣٠ .

(٣) انظر الشرح الكبير للدردير ج ٣ ص ٣٨٧ .

(٤) جاء في البدائع للكاساني ج ٦ ص ٣٠ : « الوكيل بشراء عشرة أرتال لحم بدرهم إذا اشترى عشرين رطلاً بدرهم من لحم يباع مثله عشرة أرتال بدرهم لزم الموكل منه عشرة أرتال بنصف درهم عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف يلزم العشرون بدرهم ، ولو اشترى عشرة أرتال ونصف رطل بدرهم يلزم الموكل استحساناً . وجه قول أبي يوسف أن هذا اختلاف صورة لا معنى لأنه خلاف إلى خير وهذا لا يعمم النفاذ على الموكل كما إذا اشترى عشرة أرتال ونصف بدرهم فإنه يلزم الموكل كذا هذا . وجه قولها أن الوكيل يتصرف بحكم الأمر فلا يتعدى تصرفه موضع الأمر وقد أمره بشراء عشرة أرتال فلا يلزمه الزيادة على ذلك بخلاف ما إذا اشترى عشرة أرتال أو نصف رطل بدرهم لأن الزيادة القليلة لا تتحقق زيادة لدخولها بين الوزنين » .

(٥) جاء في فتح العزيز ج ١١ ص ٤٨ : « فإن اشترى بعين الدينار فقد اشترى واحدة

بإذن وواحدة بغير إذن يبطل في واحدة ويصح في أخرى عملاً بتفريق الصفة » . وانظر نهاية المحتاج ج ٤ ص ٣٤ .

إذ لا صحة لما فعل عروة إلا إذا كانت الشاتان منذ اشتراها قد لزما الموكل وأصبحا ملكاً له ، ولأن المخالفة هنا إلى خير فتصح .

واستدل أصحاب الرأي الثاني بأن الوكيل يتصرف بحكم الأمر فلا يتعدى تصرفه موضع الأمر ، فقد أمره بشراء شاة فلا تلزمه الزيادة لأنه لم يرض إلا بالتزامه عهدة شاة واحدة .

ونوقش هذا المعقول بأنه منقوض بالبيع :

ألا ترى أن علياً لو أمر محمداً أن يبيع سيارته بمائة جنيه مصرى فباعها بمائتين وقع البيع صحيحاً ولزم علياً اتفاقاً لأن المخالفة إلى خير ، فها هو الوكيل تعدى موضع الأمر ومع ذلك التزم الموكل تصرفه وبما سبق يتبين لك رجحان مذهب الجمهور لأن الزيادة من جلس الموكل فيه وهي نافعة غير ضارة بالموكل فيصح التصرف^(١)

الفرع الثاني

مخالفة الوكيل المقيد بالشراء في الثمن

إذا خالف الوكيل المقيد بالشراء في الثمن فلا يخلو حال التقيد بالنسبة له إما أن يكون في جلسه أو في قدره أو في صفته :

مخالفة الوكيل المقيد بالشراء في جلس الثمن

إن كان القيد في جلس الثمن كأن يوكل إنسان آخر في شراء جارية بدراهم أو بدنانير فلا يجوز للوكيل والحالة هذه أن يشتريها بما سوى الدراهم والدنانير فإن اشتراها بعروض فإنه يكون مخالفاً ولا تلزم الجارية الموكل .

ولو قال محمد لعلی اشتر لي فرساً بمائة دينار فاشترها بألف درهم قيمتها مائة دينار فالمشهور عند الحنفية^(٢) أنها لا تلزم الموكل وتلزم الوكيل ، لأن

(١) انظر رسالة الوكالة للأستاذ البرديسي ص ١٤٧ .

(٢) انظر البدائم للكاساني ج ٦ ص ٢٩ .

الدرهم والدنانير جنسان مختلفان حقيقة ، فكان للتقييد بأحدهما مقيداً فلا بد من مراعاة القيد . وروى الحسن عن أبي حنيفة أن الفرس تلزم الموكل وكأنه اعتبرهما جلعاً واحداً ، وبهذا قال الحنابلة^(١) فتلزم عندهم الفرس للموكل .

مخالفة الوكيل المقيّد بالشراء في قدر الثمن

إن كان القيد في قدر الثمن ، كأن يوكل إنسان آخر في شراء ساعة مثلاً بمائة درهم فإن خالف الوكيل في القدر فيما أن تكون مخالفته إلى خير كأن يشتري الساعة بتسعين درهماً ، فإن الساعة تلزم الموكل لأن المخالفة إلى خير . وإن خالف إلى شر بأن اشتري الساعة زائداً ثمنها على ما عينه الموكل ، فيما أن تكون الزيادة قليلة يتغابن الناس في مثلها وفي هذه الحالة تلزم الموكل إذا كان الشراء من الأجنبي . وإن كانت الزيادة لا يتغابن الناس في مثلها فإن العقد يبطل عند الشافعية^(٢) .

وعند الحنفية^(٣) يكون العقد صحيحاً ويلزم الوكيل المشتري ويصير مشترياً لنفسه .

ويقرر المالكية أن الوكيل بالشراء إذا اشتري بزيادة كثيرة عما سماه له فإن الموكل يخير بين القبول والرد فإذا لم يقبل الزيادة لزم الوكيل^(٤) . وعند الحنابلة إذا اشتري الوكيل بأكثر من ثمن المثل ففيه روايتان :

(١) انظر المعنى لابن قدامة ج ٥ ص ١٢٥ .

(٢) جاء في الوجيز للغزالي ج ١ ص ١٩٣ طبعة ١٣١٧ هـ : « إذا اشتري جارية بعشرين فقال ما أذنت إلا في الشراء بعشرة وحلف فإن كان ما اشتراه بعين مال الموكل وصدقه البائع في أنه وكيل فالبائع باطل » . وانظر في نفس المعنى منهج الطلاب لشيخ الإسلام زكريا الأنصاري ص ٧٢ طبعة ١٢٨٥ هـ .

(٣) البدائع للكاساني ج ٦ ص ٢٩ .

(٤) جاء في شرح الخروشي ج ٦ ص ٧٣ : « والوكيل على الشراء إذا خالف مخالفة توجب للموكل الخيار كأن زاد كثيراً في اشترائه أو اشتري غير لائق أو نحو ذلك فإن الوكيل يلزمه ما اشتراه حيث لم يرضه موكله » .

الأولى : أن التصرف يقع صحيحاً لأنه مستند في أصله إلى إذن صحيح فيلزم الموكل ويلتزم الوكيل بالزائد عن المسمى .

الثانية : أن التصرف يبطل لمخالفة صريح الإذن^(١) .

مخالفة الوكيل المقيد بالشراء في وصف الثمن

إن كان القيد في وصف الثمن ، كأن يوكل لإنسان آخر في شراء سيارة بألف جنيه نسيئة فيشتريها بألف حالة فعند الحنفية^(٢) يلزم المشتري الوكيل لأنه خالف قيد الموكل فإذا أجاز الموكل تصرف الوكيل لزم المشتري الموكل عند المالكية^(٣) والحنابلة^(٤) في رواية وبطل عند الشافعية^(٥) .

أما إذا وكل لإنسان آخر في شراء سيارة بألف جنيه حالة فخالف الوكيل واشتراها بألف نسيئة لزم الموكل عند الحنفية^(٦) والمالكية^(٧) والشافعية^(٨) في رواية ، والقاضي من الحنابلة .

أما أغلب الحنابلة فإنهم ينظرون في ذلك فإن كان الموكل في الشراء نسيئة يتضرر ببقاء الثمن ، لم يجوز التصرف المخالف فيه بالشراء^(٩) .

(١) انظر القواعد لابن رجب ص ٤٢٠ ، والمغني لابن قدامة ج ٥ ص ١٢٥ .

(٢) انظر البدائع للكاساني ج ٦ ص ٢٩ فقيه : « إذا وكله في شراء جارية بألف نسيئة فاشترى جارية بألف حالة لزم الوكيل لأنه خالف عقد الموكل » .

(٣) انظر شرح الحرشي ج ٦ ص ٧٣ ، ومواهب الجليل للخطاب ج ٥ ص ١٩٦ .

(٤) انظر المغني لابن قدامة ج ٥ ص ١٢٣ .

(٥) انظر نهاية المحتاج ج ٤ ص ٣٥ .

(٦) جاء في البدائع للكاساني ج ٦ ص ٢٩ : « ولو أمره أن يشتري بألف جارية فاشترى جارية نسيئة يلزم الموكل لأنه وإن خالف صورة فقد وافق معنى والعبرة بالمعنى لا بالشكل » .

(٧) انظر في فقه المالكية الشرح الكبير للدردير ج ٣ ص ٣٨٧ .

(٨) نهاية المحتاج ج ٤ ص ٣٥ .

(٩) جاء في المغني لابن قدامة ج ٥ ص ١٢٣ : « وإن وكله في الشراء بثمن نقد فاشترى نسيئة بأكثر من ثمن النقد لم يقع للموكل وإن اشتراه نسيئة بثمنه نقد أو ثمنه نقد له يصح للموكل في قول القاضي وعلى ما ذكرناه ينظر في ذلك فإن كان فيه ضرر بخلافه يستمر ببقاء الثمن معه ونحو ذلك لم يجوز » .

ونحن إذا عرفنا أن الضرر ببقاء الثمن نادر ، والنادر لا يتفرد بحكم ،
علينا أن المخالفة إن كانت إلى خير لا تعتبر مخالفة لأنها مخالفة في الصورة
وليست مخالفة في المعنى والعبرة بالمعنى لا بالصورة^(١) .
وبين فيما يلي حكم شراء بعض الموكل في شرائه .

شراء بعض الموكل في شرائه

إذا اشترى الوكيل بعض ماوكل في شرائه ، فإن كان مما يضره التبعض
لا ينفذ الشراء ويقف على إجازة الموكل ، لأن التوكيل تناول جميعه ، وفي
التبعض إضرار بالموكل ولم يأذن فيه ، فإذا اشترى الوكيل الباقي قبل
الخصومة نفذ الشراء على الموكل ولزمه المشتري عند أبي حنيفة وأبي يوسف
ومحمد ، ولا ينفذ الشراء على الموكل عند زفر^(٢) .

وقد قال أبو حنيفة وصاحباؤه - استدلالاً لرأيهم - إن شراء البعض قد
يقع وسيلة للامتنال كأن يكون المبيع موروثاً فيشتريه الوكيل شقشاً شقصاً
يأخذ من كل وارث حصته فإن اشترى الباقي قبل مخاصمة الموكل ، تبين أن
شراءه للبعض كان وسيلة للامتنال فينفذ الشراء على الموكل^(٣) .

(١) انظر في هذا رسالة الوكالة لأستاذنا محمد زكريا البرديسي ص ١٤٧ .

(٢) جاء في البدائع للكاساني ج ٦ ص ٣٠ : « الوكيل بشراء عبد بعينه إذا اشترى
نصفه فالشراء موقوف إن اشترى باقيه قبل الخصومة لزم الموكل عند أصحابنا الثلاثة لأنه امتثل
أمر الوكيل ، وعند زفر يلزم الوكيل ، ولو خاصم الموكل الوكيل إلى القاضي قبل أن يشتري
الوكيل الباقي ، وألزم القاضي الوكيل ، ثم إن الوكيل اشترى الباقي بعد ذلك يلزم الوكيل
إجماعاً لأنه خالف ، وكذلك يقال في كل ما في تبعضه ضرر وفي تشقيصه عيب كالعبد والأمة
والدابة والثوب وما أشبه ذلك » .

وانظر أيضاً تبين الحقائق للزلمي ج ٤ ص ٢٧٢ - ٢٧٣ . وفي الجامع الصغير ص
٨٣ : « وإن أمره بشراء دار فاشترى نصفها لم يجز ، وإن اشترى شقصاً شقصاً جاز » .

(٣) انظر البحر الرائق ج ٧ ص ١٨٥ - ١٨٦ .

أما الجمهور (١) فقالوا إن شراء البعض غير مأذون فيه ، ويلحق ضرراً بالموكل والضرر ممنوع .

ويناقش ما استدل به أبو حنيفة وصاحبا من أن شراء البعض في الموروث يقع وسيلة للامتثال لأنه قد لا يتحقق الشراء إلا مجزئاً لتعدد المالكين ، بأن الأمر ليس كذلك في غير المبيع المشترك إذ لا مانع من تحقق الشراء دفعة واحدة .

لذلك فلا غرابة إن شققنا بين الرأيين رأياً وسطاً بأن قلنا بما قاله أبو حنيفة وصاحبا فيما إذا كان المبيع مشتركاً وقلنا بما قاله به الجمهور إذا كان المبيع غير مشترك .

أما إذا خاصم الموكل الوكيل عند القاضى قبل أن يشتري الوكيل الباقي فألزم القاضى الوكيل ، ثم اشترى الوكيل الباقي بعد ذلك فإنه لا يلزم الموكل .

وإن كان الموكل في شرائه لا ضرر في تبغيضه كأن يوكل رجل آخر في شراء أردب من القمح فيشتري نصفه فإنه يلزم الموكل ، ولا يوقف نفاذه على شراء الباقي . ولو وكل شخص آخر في شراء خمس سيارات فاشتري واحدة منها لزمت الموكل . لأن الإذن يتناول العقد عليها جملة واحدة والعرف يقتضى العقد على واحدة فلا ضرر في الإفراء (٢) .

المطلب الثانى

مخالفة الوكيل البيع

إن كان التوكيل بالبيع مقيداً وجب على الوكيل مراعاة القيد ولا يجوز له

(١) انظر في فقه الشافعية فتح العزيز مطبوع مع المجموع ج ١١ ص ٧٠ ، وللحنابلة المفنى والشرح الكبير ج ٥ ص ٢٥٠ — ٢٥١ ، والمالكية شرح الحرشى ج ٦ ص ٨٧ .
(٢) انظر رسالة الوكالة لأستاذنا عمده زكريا البرديس ص ١٦٣ .

مخالفته إلا إن كانت المخالفة إلى خير ، لأن المخالفة إلى خير خلاف في الصورة وفاق في المعنى .

فإن كان القيد في جلس المبيع الموكل فيه ، كأن يقول لإنسان لآخر بع لي ثوب الحرير ، أو في جلس ثمن المبيع الموكل فيه ، كما إذا قال بعه بدراهم ، أو في قدر ثمن المبيع الموكل فيه ، كبعه لي بمائة درهم . فيجب على الوكيل أن يراعى القيد في هذه الأحوال الثلاثة ، فإن خالف بأن باع ثوب الموكل الجوخ أو باع بمكيل أو بتسعين درهماً انعقد البيع موقوفاً عند الحنفية^(١) ، والمالكية^(٢) ، وبطل البيع عند الشافعية^(٣) والظاهرية^(٤) وكذا عند الحنابلة^(٥) في إحدى الروايتين في المذهب .

وبين رأى الأئمة بشيء من التفصيل في هذا الموضوع .

ذهب الحنفية إلى أن الوكيل المقيد بالبيع إذا خالف فإن تصرفه يتوقف على إجازة الموكل^(٦) .

ولإذا خالف الوكيل إلى خير نفذ على الموكل . وقال زفر لا ينفذ لأنه مخالفة حقيقة ، وعند أبي حنيفة وصاحبيه عدم النفاذ معطل بفوات الأمر ،

(١) انظر في فقه الحنفية البدائع للكاساني ج ٦ ص ٢٩ وما بعدها والفتاوى الهندية ج ٣ ص ٥٩٢ .

(٢) انظر في هذا شرح الحرشي ج ٦ ص ٨٧ . ومواهب الجليل للخطاب ج ٥ ص ٢٠٥ — ٢٠٦ .

(٣) انظر في هذا المذهب للشيرازي ج ١ ص ٣٥٣/٣٥٢ طبعة ١٢٧٦هـ .

(٤) انظر المحلى لابن حزم ج ٨ ص ٢٤٦/٢٤٥ .

(٥) انظر في فقه الحنابلة للنفي والشرح الكبير ج ٥ ص ٢٥٥ — ٢٥٦ طبعة ١٣٤٧هـ . وانظر رسالة الوكالة لأستاذنا محمد زكريا البرديسي ص ١٥١ وما بعدها .

(٦) انظر في هذا البدائع للكاساني ج ٦ ص ٢٩ .

فإذا أتى الوكيل بجنس ما أمر به وكان خيراً منه كان أشد رضا به ، ولم يوجد ما يقتضى وقف نفاذه .

فإذا أمر الموكل الوكيل بالبيع فاسداً فباع بيعاً صحيحاً كان البيع موقوفاً على الإجازة ، كأن يوكله ببيع داره بيعاً فاسداً فيبيعها بيعاً صحيحاً ، وقال محمد لا ينفذ عليه بل يتوقف على إجازة الموكل فإن أجازته جاز ، وقال أبو حنيفة وأبو يوسف ينفذ على الوكيل وهو القياس لأنه أتى بغير ما أمر به لأنه في المثال المذكور قد أمره أن يبيع الدار بيعاً لا يزول به ملكه عنها ، لأن البيع الفاسد نفسه لا ينتقل الملك به بدون القبض والبيع الصحيح ينتقل به الملك فلم ينفذ البيع لمكان المخالفة ، وقد باعه بيعاً انقطع به الحق فكان مخالفاً ، ولها وهو الاستحسان أن الوكيل قد خالف إلى خير فينفذ لأنه أمره ببيع حرام وقد باعه بيعاً حلالاً ، وعدم نقل الملك بنفس البيع ممنوع فإنه لو سلم إليه المبيع ثم باعه زال الملك والتفاوت بالنسبة إلى الشرع وحق الشرع في الصحيح لا في الفاسد^(١) .

وبرأى الحنفية أخذ المالكية فذهبوا إلى اعتبار تصرف الوكيل المقيّد بالبيع المخالف فيه موقوفاً على إجازة الموكل . فقد جاء في شرح الخرشي : « الوكيل على بيع إذا خالف ما أمره به الموكل أو ما قضت العادة به فإن موكله يخير في إجازة البيع والرد »^(٢) .

(١) انظر البدائم في الموضع المتقدم ، وشرح ابن الساعاتي على نجم البحرين وملتنقي التبرين . مخطوط رقم ٤٨٣ بدار الكتب المصرية .. وهو مظفر الدين أحمد بن علي بن ثعلب المعروف بابن الساعاتي البعلبكي أصلاً البغدادي منشأ ولد سنة ٦٩٤ هـ . وانظر في نفس المعنى كثر الدقائق للنسفي مخطوط رقم ٣٨٤ بدار الكتب المصرية فصل الوكيل بالبيع والشراء .

(٢) انظر في هذا شرح الخرشي ج ٦ ص ٨٧ .

وجاء في مواهب الجليل للخطاب ج ٥ ص ٢٠٥ — ٢٠٦ الطبعة الأولى ١٣٢٩ هـ « الوكيل إذا باع السلعة التي وكل على بيعها بطعام أو عرض أو نحوه وكات السلعة مما لا تباع بذلك ... إن كانت السلعة فائضة خير الموكل في إجازة البيع وأخذ ما بيعت به أو نقض البيع وأخذ سلعته وإن فانت خير في أخذ ما بيعت به أو تضمين الوكيل قيمتها » .

وعند الحنابلة إذا تصرف الوكيل المقيد بالبيع في مال الموكل على وجه تحصل فيه مخالفة الإذن تفصيل ندينه فيما يلي :

أولاً : أن تحصل المخالفة على وجه يرضى به الإذن عادة بأن يكون التصرف الواقع أولى بالرضا به من المأذون فيه، فالصحيح أنه يصح اعتباراً فيه بالإذن العرفي ومن ذلك ما إذا قال له بعه بمائة درهم فباعه بمائة وعشرين، فإنه يصح لأن المخالفة إلى خير .

ثانياً : أن يقع التصرف مخالفاً للإذن على وجه لا يرضى به الإذن عادة مثل مخالفة الوكيل في صفة العقد دون أصله كأن يبيع الوكيل بدون ثمن المثل أو يشتري بأكثر منه فهناك رأيان في المذهب :

الأول : أن التصرف يقع صحيحاً لأن أصله هنا مستند إلى إذن صحيح ، وإنما وقعت المخالفة في بعض أوصافه فيصح العقد بأصل الإذن ويضمن المخالف لمخالفته في صفته ، وعلى هذا فلا فرق بين أن يبيع الوكيل بدون ثمن المثل أو يشتري بأكثر منه .

الثاني : أن التصرف يبطل لمخالفته لصريح الإذن بخلاف ما إذا لم يسمه لأنه في الواقع إنما خالف دلالة العرف^(١) .

وفي المعنى لابن قدامة : « إن اشترى (الوكيل) بعين المال مثل أن يقول بعني الجارية بهذه الدنانير أو باع مال غيره بغيره إذنه فالصحيح من المذهب أن البيع باطل ، وفي رواية أخرى أنه صحيح ويقف على إجازة المالك فإن لم يحزه بطل^(٢) .

وعند الشافعية لا يملك الوكيل المقيد بالبيع من التصرف إلا ما يقتضيه

(١) انظر في هذا القواعد لابن رجب ص ٤٢٠ .

(٢) انظر في هذا المعنى والشرح الكبير ج ٥ ص ٢٤٩ الطبعة الأولى ١٣٤٧ هـ .

إذن الموكل من جهة النطق أو من جهة العرف لأن تصرفه بالإذن ، فلا يملك إلا ما يقتضيه الإذن ، والإذن يعرف بالنطق وبالعرف ، فإن تناول الإذن تصرفين وفي أحدهما إضرار بالموكل لم يحز ما فيه إضرار لقوله عليه الصلاة والسلام : لا ضرر ولا ضرار ،^(١) .

وتطبيقاً لذلك قالوا إذا وكل الموكل الوكيل في أن يبيع من رجل لم يحز أن يبيع من غيره لأنه قد يؤثر تملكه دون غيره فلا يكون الإذن في البيع منه إذناً في البيع من غيره ، وإن قال له خذ مالي من فلان فأت فلان لم يحز أن يأخذ من ورثته ، وإذا وكله في بيع فاسد لم يملك الفاسد لأن الشرع لم يأذن فيه ولا يملك الصحيح لأن الموكل لم يأذن فيه .

ولا يجوز للوكيل في البيع أن يبيع بثمن مؤجل من غير إذن ، لأن الأصل في البيع النقد ، وإنما يدخل التأجيل لكساد أو فساد ، فإذا أطلق حمل على الأصل فإن أذن له في بيع مؤجل وقدر الأجل لم يبيع إلى أجل أكثر منه^(٢) .

ويتفق مع الشافعية في هذا الظاهرية فقد جاء في المحلى لابن حزم^(٣) :
« لا يجوز للوكيل تعدى ما أمره به الموكل ، فإن فعل لم ينفذ فعليه فإن فات ضمن لقوله تعالى : « ولا تعتدوا إنه لا يحب المعتدين » . وقوله جل شأنه : « فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم » . فمن أمره موكله بأن يبتاع له شيئاً بثمن مسمى أو يبيع له بثمن مسمى فباعه أو ابتاعه بأكثر أو بأقل ، فما زاد لم يلزم الموكل ، ولم يكن البيع له أصلاً ، ولم ينفذ البيع لأنه لم يؤمر بذلك ، فإن ابتاع له بما يساوى أو باع بذلك لزم ولا فهو مردود ، وكذلك من ابتاع لآخر أو باع له بغير أن يأمره لم يلزم في البيع

(١) انظر في تخريج هذا الحديث السنن الكبرى للبيهقي ج ٦ ص ٦٩ الطبعة الأولى ١٣٥٢ هـ « باب لا ضرر ولا ضرار » .

(٢) انظر في هذا المذهب للشيرازي ج ١ ص ٣٥٢ — ٣٥٣ .

(٣) انظر المحلى لابن حزم ج ٨ ص ٢٤٥ — ٢٤٦ .

أصلاً ولا جاز للآخر إمضاءه لأنه إمضاء باطل لا يجوز وكان الشراء لازماً
للوكيل ، وما عدا هذا فقول بلا برهان وحكم بالبطلان .
ونحن نخلص إلى أن هناك رأيين في حكم تصرفات الوكيل المخالف بالبيع
إذا كان التوكيل مقيداً :

١ — قول بالوقف وإلى هذا وجنح الحنفية والمالكية وفي إحدى
الروايتين عند الحنابلة .

٢ — قول بالبطلان وإلى هذا جنح الشافعية والظاهرية وكذا الحنابلة
في الرواية الأخرى عندهم .

دليل القائلين بالوقف

الوكيل المخالف كالفضولي في التصرف الذي خالف فيه إذ بمخالفته
لم يكن هذا التصرف مستفاداً من الموكل فكان الوكيل فضولياً ، وعقد
الفضولي موقوف لحديث عروة فقد باع إحدى الشاتين اللتين اشتراهما للنبي
صلى الله عليه وسلم بدون إذنه وأجاز النبي ذلك ودعا له بالبركة في بيعه .
وقد سبق مناقشة هذا الحديث (١) .

دليل القائلين بالبطلان

الوكيل المخالف حقيقة كالفضولي لأنه عقد عقداً لم يأذن موكله فيه
والفضولي بيعه باطل فكذلك الوكيل المخالف . وهذا القياس مردود لأن
حكم الأصل غير متفق عليه ، وشرط القياس الأصولي أن يكون حكم الأصل
متفقاً عليه وإذا فات الشرط فإت المشروط فيبطل القياس .

(١) انظر في هذا الباب الأول من القسم الأول من هذه الرسالة تحت عنوان : « أدلة
القائلين بالوقف » .

ولما بطل بيع الفضولى لقوله صلى الله عليه وسلم : « لا تبع ما ليس عندك » على أن لنا أن نقول إن هذا الحديث خاص ببيع المعلوم بمعنى لا تبع ما ليس عندك أى لا تبع المعلوم فلم يكن معناه لا تبع مالا ولا لاية لك عليه فيخرج الحديث عن محل النزاع وقد سبق بيان ذلك ^(١) .

ومن تأمل فى دليل القائلين بالوقف ودليل القائلين بالبطلان وما ورد عليهما من مناقشات لا يسعه إلا ترجيح رأى القائل بانعقاد البيع موقوفاً .
ونبين فيما يلى حكم بيع بعض الموكل فى بيعه .

بيع بعض الموكل فى بيعه

قد يأمر الموكل الوكيل ببيع الشئ الموكل فيه جملة وقد لا يأمره بذلك .
فإن كان الأول : فلا يجوز للوكيل أن يبيعه متفرقاً .

وإن كان الثانى : فإما أن يكون فى التبعض ضرر أم لا ؟ فإن لم يكن فى التبعض ضرر فالوكيل أن يبيعه متفرقاً . وإن كان فى التبعض ضرر فإما أن يكون التوكيل مقيداً بالثنى أو مطلقاً .

فإن كان الأول وباع الوكيل نصف المبيع أو جزءاً معلوماً منه بجميع الثمن المعين جاز البيع عند أى حنيقة وأحمد والشافعى لأن من رضى بالثنى المعين ثمناً للكل رضى به ثمناً للبعض إذ حصل المقصود له وزيادة تنفعه ولا تضره ، وذلك شئ مأذون فيه من جهة العرف كما لو وكله فى بيع منزل فباعه بمثل ثمنه . وإن باع نصف المبيع أو جزءاً معلوماً منه بأقل من الثمن المعين لم يحز البيع .

وإن كان الثانى وباع الوكيل جزءاً معلوماً من المبيع أو نصفه بثلثي الكل جاز البيع كما فى الحالة الأولى ، وإن باع نصف المبيع أو جزءاً معلوماً منه بأقل

(١) انظر الباب الأول من القسم الأول من هذه الرسالة تحت عنوان « أدلة القائلين بالبطلان » .

من ثمن السكل جاز البيع عند أبي حنيفة ولا يجوز عند أحمد^(١) والشافعي^(٢) ووقف البيع عند أبي يوسف ومحمد^(٣) فإن اشترى الباقي قبل الخصومة صح البيع وإلا بطل .

ومن ثم يتلخص لنا أن في بيع بعض ما يضره التبعض أقوالا ثلاثة :

١ — قول بصحة البيع .

٢ — قول بوقفه .

٣ — قول ببطلانه .

أدلة الرأي الأول

١ — التوكيل المطلق يجرى على إطلاقه ، فللوكيل أن يبيع بما شاء مطلقاً مجتمعاً أو متفرقاً كما لو وكله ببيع المسكيل والموزون^(٤) .

ويناقش هذا من وجهين :

الوجه الأول : قياس ما نحن بصده على المسكيل والموزون قياس مع الفارق فما نحن بصده يضره التبعض وتنقص قيمته به .

الوجه الثاني : من المسلم به أن المطلق يجرى على إطلاقه ولكن هذا إذا

(١) انظر المفتي والشرح الكبير ج ٥ ص ٢٥٧ .

(٢) انظر المذهب للشيرازي ج ١ ص ٣٥٢ .

(٣) البحر الرائق لابن نجيم ج ٧ ص ١٨٥ .

(٤) انظر في هذا تبين الحقائق للزيلعي ج ٤ ص ٢٧٢ ، وجاء في كتاب الجامع الصغير لمحمد ابن الحسن الشيباني المطبوع بهامش كتاب الخراج لأبي يوسف الطبعة الأولى ١٣٠٣ هـ ص ٨٣ : « رجل أمر رجلاً ببيع داره فباع نصفها فهو جائز . وقال أبو يوسف ومحمد رجهما الله تعالى لا يجوز حتى يبيع النصف الآخر » .

لم يوجد دليل التقييد وقد وجد إذ بيع بعض المبيع الذى يضره التبعض غير متعارف لما يترتب عليه من ضرر الشركة ونقصان قيمة المبيع .

٢ — لو باع الوكيل الكل بأقل من ثمن الكل جاز عند أبى حنيفة ، فبيع نصفه بهذا القدر أولى بالجواز ، لأن إمساك البعض مع بيع البعض بمقدار من الثمن أنفع للأمر من بيع الكل بذلك الثمن .

وفوقش هذا الدليل بأنه لما يجوز بيع الكل بثمن النصف لأنه لم يتضمن عيب الشركة . أما بيع النصف فيتضمن عيب الشركة فكأن هذا مخالفة من الوكيل إلى شره ، مقتضى هذا لا ينفذ بيعه .

وأجيب عن هذه المناقشة بأن ضرر الشركة أهون وأقل من ضرر البيع بغبن فاحش ، فإذا جاز عنده ما هو أكثر ضرراً وهو البيع بالغبن الفاحش فلأن يجوز ما هو أقل ضرراً وهو ضرر الشركة أولى^(١) .

أقول — وعلى تسليم ذلك فالدليل لا يصلح لإلزام الخصم لأن الخصم لا يقول بجواز بيع الكل بأقل من ثمن الكل قلة لا يتغابن فيها عادة .

أولاً الرأي الثانى :

١ — بيع بعض ما يضره التبعض يتضرر به الموكل لما فيه من ضرر الشركة وهو غير متعارف ، وأمر الموكل الوكيل بالبيع لا يتضمن الرضاء بتعيب ملكه فلا يجوز البيع إلا أن يبيع الباقي قبل أن يختصما ، لأن بيع النصف قد يقع وسيلة إلى الامتثال بأن لا يجد من يشتريه مطلقاً ، فإذا باع الباقي تبين أن البيع الأول وقع وسيلة^(٢) .

(١) انظر البحر الرائق ج ٧ ص ١٨٥ ورسالة الوكالة ص ١٦٥ .

(٢) انظر تكملة فتح القدير ج ٦ ص ٨١ . وانظر أيضاً تحفة الفقهاء للسمرقندى مخطوط رقم ٩١ بدار الكتب المصرية ص ٢٣٤ ، وانظر البدائع ج ٦ ص ٣٠ .
١٨ — نظرية العقد الموقوف

٢ — الوكيل يبيع ما يضره التبعض كالوكيل بشرائه ، وبما أن الوكيل بشرائه إذا اشترى بعضه كان الشراء موقوفاً^(١) حتى يشتري الباقي قبل الخصومة فالوكيل بالبيع كذلك .

ونوقش هذا القياس من جهة أبي حنيفة بالفرق بين البيع والشراء من وجهين :

اليوم الأول : أن التهمة متحققة في الشراء لجواز أنه اشتراه لنفسه ، ثم لما تبين أنه مغبون فيه ألحقه بالموكل .

اليوم الثاني : أن أمر الأمر بالبيع في صورة التوكيل بالبيع يصادف ملكه فيصح الأمر لو لاية الأمر على ملكه ، ويعتبر إطلاقه والأمر بالشراء يصادف ملك الغير وهو مال البائع فلم يصح الأمر مقصوداً لأنه لا ملك للأمر في مال الغير ، وإنما صح ضرورة الحاجة إليه ولا عموم لما ثبت ضرورة ، فلم يعتبر إطلاقه ، فلم يجز شراء البعض لأن الثابت بالضرورة يتقدر بقدرها ، وذلك يتأدى بالمتعارف وهو شراء الكل لا البعض ، لأن الغرض المطلوب من الكل لا يحصل بشراء البعض إلا إذا اشترى الباقي قبل أن يختصما ، فيجوز على الأمر لأنه حصل مقصوده^(٢) .

ويمكن القول بأن اعتبار إطلاق الأمر في صورة التوكيل بالبيع يصح إذا لم يكن هناك عرف يقيد المطلق . أما وقد وجد فلا عبرة بالإطلاق فالمعروف عرفاً كالشروط شرطاً وحيثئذ فالتوكيل المطلق بالبيع يتقيد بالعرف كالتوكيل المطلق بالشراء .

(١) انظر البدائع للكاساني ج ٦ ص ٣٠ .

(٢) انظر تكملة فتح القدير ج ٦ ص ٨١ ورسالة الوكالة للأستاذ البرديسي

دليل الرأي الثالث :

الموكل يتضرر ببيع ما يضره التبعض ولم يوجد الإذن ببيع البعض نطقاً ولا عرفاً فلم يحز البيع، كما لو وكله في شراء عبد فاشتري نصفه^(١).

ويرد على ذلك بأن عدم جواز شراء نصف العبد الموكل بشرائه إنما هو مذهب المستدل فلا يلزم بهذا القياس علماء الحنفية الثلاثة إذ هم يقولون إن اشترى الباقي قبل الخصومة صح البيع، فالشراء موقوف عندهم. وبذلك تعلم أن هذا القياس وإن صلح مدعماً لمذهب المستدل لا يصلح أن يلزم به الخصم^(٢).

وصفوة القول في هذا البحث أن الناظر في الأدلة وما أثير حولها من مناقشات وأجوبة لا يسهه إلا أن يختار مذهب القائلين بوقف البيع لسلامة أدلته وقوتها.

المبحث الثاني

مخالفة الوكيل حدود الوكالة في القانون

نصت المادة ٧٠٣ من التقنين المدني المصري الحالي على ما يأتي :

- ١ — الوكيل ملزم بتنفيذ الوكالة دون أن يجاوز حدودها المرسومة .
- ٢ — على أن له أن يخرج عن هذه الحدود متى كان من المستحيل عليه إخطار الموكل سلفاً وكانت الظروف يغلب معها الظن بأن الموكل ما كان إلا ليوافق على هذا التصرف ، وعلى الوكيل في هذه الحالة أن يبادر بإبلاغ الموكل خروجه عن حدود الوكالة .

(١) انظر المفتي والشرح الكبير ج ٥ ص ٢٥٧ .

(٢) رسالة الوكالة ص ١٦٧ .

ومقتضى هذا النص أنه يجب على الوكيل أن ينفذ الوكالة في حدودها المرسومة دون أن يجاوز حدودها .

على أن له أن يخرج عن هذه الحدود في حالتين :

الحالة الأولى :

أن تكون الظروف بحيث يفترض معها أن الموكل كان موافقاً على هذا التصرف وذلك كما إذا كان قد وكل في بيع قدر معين من الأرض قهيات له صفقة رابحة فباع قدرأ أكبر أو وكل في الإقراض بتأمين هو كفالة شخصية فأقرض بتأمين هو رهن رسمي . وإذا حدث نزاع بين الوكيل والموكل كان الأمر محلاً لتقدير القاضى . وفي هذه الحالة يجب على الوكيل المبادرة بإبلاغ الموكل خروجه عن حدود الوكالة .

الحالة الثانية :

أن يستحيل على الوكيل لإخطار الموكل مقدماً بتصرفه وهذا متروك تقديره للقاضى .

فإذا توافر هذان الشرطان فإن عمل الوكيل الذى تجاوز فيه حدود الوكالة ينفذ في حق الموكل ، وكان للغير الذى تعامل مع الوكيل أن يتمسك على الموكل بالعمل الذى أتاه الوكيل سواء أكان هذا الغير يعلم أو لا يعلم بمجاوزة الوكيل لحدود الوكالة .

وليس معنى التزام الوكيل الحدود المرسومة للوكالة أنه لا يستطيع التعاقد بشروط أفضل ، فلو وكله في بيع منزل معين نسيئة فباع معجلاً أو لأجل أقرب أو بكفالة شخصين مليئين بدلاً من شخص واحد اصح ذلك

وعاد نفعه على الموكل^(١) .

وهذا يتفق وماذهب إليه جمهور الفقهاء من أن مخالفة الوكيل إذا كانت إلى خير فإنها تنفذ على الموكل كما رأينا .

ويمكن القول بأن الوكيل في القدر الذي تجاوز فيه حدود الوكالة يعتبر فضولياً فإذا أقر الأصيل العمل المتجاوز فيه ، فإنه يصح ويصح كأنه قد تم في حدودها^(٢) ، ويتقيد به الأصيل والغير من وقت التعاقد لا من وقت الإقرار^(٣) .

ونحن نلاحظ أن تصرف الوكيل في هذا القدر الذي تجاوز فيه حدود الوكالة لا يمكن اعتباره قابلاً للإبطال إذ لم يرد نص في هذا المعنى كما ورد في بيع ملك الغير ، وحيثئذ فإنه يكون من الأولى اعتباره تصرفاً موقوفاً

(١) انظر الوسيط للأستاذ الدكتور السهوري ج ٧ ص ٤٥٢ طبعة ١٩٦٤ م. وقد نصت المادة ٧٨٠ من قانون الموجبات والعقود اللبناني على هذا الحكم فقالت : « إذا تمكن الوكيل من القيام بالعمل الموكول إليه على شروط أكثر فائدة وجدوى من الشروط المعينة في الوكالة فإن الفرق يعود إلى الموكل » . بل إنه يذهب إلى أبعد من ذلك فيجيز تعاقد الوكيل بشروط أقل إذا كان الفرق قليل الشأن أو كان بما يتسامح فيه (م ٨٠٦) .

(٢) انظر في هذا مصادر الحق للأستاذ الدكتور السهوري ج ٥ ص ٢٠٩ — ٢١٠ وانظر له أيضاً نظرية الالتزامات ص ٥٧ طبعة ١٩٣٨ م . وانظر له كذلك الوسيط ج ٧ ص ٢٠٦ — ٢٠٧ طبعة ١٩٦٤ . وقد جاء في حكم المحكمة النقض بجلسته ١٩٥٠/٤/٦ مجموعة أحكام النقض س ١ رقم ١٠١ ص ٤٠١ : « الوكيل ملزم بتنفيذ الوكالة دون أن يجاوز حدودها المرسومة ويجب لإقرار ما يباشره خارجاً عن هذه الحدود أن يكون المقرر علماً بأن التصرف الذي يقره خارج عن الوكالة ، وأنه قد أقره قاصداً لإضافة أثره إلى نفسه » . وقضت بأن خروج الوكيل عن حدود الوكالة في تعاقد سابق لا يلزم فيه اعتبار تصرف آخر لاحق حاصل من الوكيل للطاعتين نافذاً في حق الموكل مادام أن هذا التصرف كان صادراً من وكيل خارج حدود الوكالة إذ هو لا ينفذ إلا بإجازة ذات التصرف » (١٢/٥/١٩٦٠ نقض مدني — ١١ — ٣٩١) .

(٣) الوسيط ج ١ ص ١٩٨ طبعة ١٩٥٢ للأستاذ الدكتور السهوري ، وانظر له أيضاً نظرية العقد ص ٢١٦ .

على غرار التصرف الموقوف في الفقه الإسلامي^(١) إذ لا مانع هنا من القول بالوقف ، لعدم وجود نص كما ذكرنا يحسم حكم تصرف الوكيل إذا تجاوز حدود الوكالة وذلك وفقاً لما قضت به المادة الأولى فقرة ثانية من التقنين المدنى المصرى الحالى والتي تقضى بالرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية حيث لا يوجد نص .

(١) انظر في تأييد هذا الرأى النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام للدكتور إسماعيل غانم ص ١٦٥ طبعة ١٩٦٦ م) .

الفصل الثاني

مدى ولاية المرتد في التصرف

الردة في اللغة اسم من الارتداد والارتداد الرجوع ومنه المرتد ، وارتد الشخص رد نفسه إلى الكفر^(١) .

وفي الاصطلاح عرفها الخرشي من فقهاء المالكية بقوله : « الردة كفر المسلم أى المتقرر لإسلامه ولا يتقرر الإسلام إلا بالنطق بالشهادتين والتزام أحكامهما »^(٢) .

وحكم الردة هو إباحة دم المرتد إذا كان رجلاً حراً كان أو عبداً لمسقوط عصمته بالردة لقوله عليه الصلاة والسلام : « من بدل دينه فاقتلوه »^(٣) . وعرض الإسلام عليه مروى عن عمر رضى الله عنه لأن الدعوة بلغته غير أنه يحتمل أنه قد اعتراه شبهة فيعرض عليه ويعود للإسلام لأن عوده مرجو^(٤) .

أما إذا ارتدت المرأة فلا يباح دمها ولا تقتل عند الحنفية ولكنها تجبر على الإسلام بالحبس^(٥) وبالتالي فلا يزول ملكها عن أموالها وتكون

(١) جاء في المصباح للنير ج ١ ص ٣٠٦ الطبعة السادسة ١٩٢٥ الأمير (الراء مع الدال وما يثلثهما) : « ارتد الشخص رد نفسه إلى الكفر والاسم الردة » .

(٢) انظر في فقه المالكية شرح الخرشي ج ٨ ص ٨٢ .

(٣) انظر السنن الكبرى للبيهقي ج ٨ ص ١٩٥ وفتح الباري بشرح صحيح البخارى

ج ٢ ص ٢٢٨ .

(٤) انظر في بيان حقيقة الردة تبين الحقائق للزيلعى ج ٣ ص ٢٨٤ والبدائى للكسانى

ج ٧ ص ١٣٤ .

(٥) البدائى للكسانى ج ٧ ص ١٣٥ . وانظر أيضاً كتاب الإسلام والأسرة والمجتمع

ص ١٥٩ طبعة ١٩٦٨ للأستاذ محمد سلام مذكور .

تصرفاتها جائزة نافذة^(١) .

ونبين فيما يلي حكم تصرفات المرتد وهل هي صحيحة نافذة أم باطلة أم موقوفة ؟

يجب أن نلاحظ بادىء ذي بدء أن من قالوا بوقف تصرفاته لم يقصدوا به الوقف على الإجازة كما في حالة تصرف الفضولى ومن في حكمه بل على عودته إلى الإسلام ، فإن أسلم نفذت تصرفاته وإن مات أو قتل أو لحق بدار الحرب^(٢) بطلت . وبهذا يتميز الوقف في تصرفات المرتد عنه في سائر التصرفات الموقوفة الأخرى .

حكم تصرفات المرتد

ذهب الحنفية^(٣) إلى أن تصرفات المرتد تنقسم إلى أقسام أربعة :

نافذة وباطلة وموقوفة ومختلف في توقفها .

واعتبروا من تصرفاته النافذة بالاتفاق الطلاق وقبول الهبة وتسليم الشفعة والحجر على عبده المأذون وذلك لأن هذه التصرفات تستدعي الولاية ولا تعتمد حقيقة الملك ، ولذلك فقد صحت مع العبد مع قصور ولايته . واهتبروا من تصرفاته الباطلة بالاتفاق النكاح والذبيحة والإرث لأنها تصرفات تعتمد الملة والمرتد لا ملة له .

واعتبروا من تصرفاته الموقوفة بالاتفاق التصرف على ولده الصغير وماله ولده لأنها تعتمد المساواة ولا مساواة بين المسلم والمرتد ما لم يسلم . وأما التصرفات المختلف في توقفها فهي كالبيع والشراء والإجارة ونوضح فيما يلي رأى الفقهاء فيها .

(١) البدائم للكسائي ج ٧ ص ١٣٧ .

(٢) دار الحرب هي الدار التي لا تجرى فيها أحكام الإسلام ولا يأمن من فيها بأمان المسلمين ، أو هي الدار التي لا سلطان للإسلام عليها ولا نفوذ لأحكامه فيها بقوة الإسلام ومنعته . وأما دار الإسلام فهي التي تجرى عليها أحكام الإسلام ويأمن من فيها بأمان المسلمين سواء أ كانوا مسلمين أو ذميين (انظر في هذا رسالة في أحكام التميمين والمستأمنين في دار الإسلام للدكتور عبد الكريم زيدان ص ١٨ — ٢٠) .

(٣) انظر في هذا والمختار لابن عابدين ج ٣ ص ٣١٠ — ٣١١ .

تصرفات المرتد المختلف في حكمها

ذهب الإمام أبو حنيفة (١) إلى أن تصرفات المرتد المختلف في حكمها كالبيع والشراء والإجارة والهبة والرهن تكون موقوفة ، فإن أسلم نفذت ، وإن مات أو قتل أو لحق بدار الحرب بطلت ، فالإمام يرى أن زوال ملك المرتد عن ماله يعتبر زوال الموقوفة ، فإن أسلم عاد ملكه إليه ، وإن مات أو قتل على رده ورث كسب إسلامه وارثه المسلم بعد قضاء دين إسلامه وما اكتسبه في حال رده يعتبر فيئاً (٢) بعد قضاء دين رده .

ويتفق مع الإمام أبي حنيفة الحنابلة (٣) في إحدى الروايتين عندهم ، وكذا المالكية (٤) وفي قول عند الشافعية (٥) .

(١) انظر في فقه الحنفية تبين الحقائق للزيلعي ج ٣ ص ٢٨٧ — ٢٨٨ ، وجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر ج ١ ص ٥٢١ طبعة ١٣١٩ هـ .

(٢) التي هو مأخذ من أموال الكفار بغير قتال ، وأما الفنيمة فهي مأخذ من أموالهم قهراً أو ببيعان الخيل والركاب . انظر في هذا المحاضرات التي ألقاها الأستاذ أحمد هريدي على طلبة دبلوم الشريعة الإسلامية بكلية الحقوق بجامعة القاهرة في العام الدراسي ٦٥ — ١٩٦٦ صفحة ٥٤ .

(٣) جاء في المنى لابن قدامة ج ٨ ص ١٢٩ — ١٣٠ الطبعة الثالثة ١٣٦٧ هـ : « وتصرفات المرتد في رده بالبيع والهبة والعق والوصية ونحوها ذلك موقوف إن أسلم تبيناً أن تصرفه كان صحيحاً ، وإن قتل أو مات على رده كان باطلاً وهو قول أبي حنيفة وعلى قول أبي بكر تصرفه باطل لأن ملكه قد زال برده ، وهذا أحد أقوال الشافعي ، وقال في الآخر إن تصرف قبل الحجر عليه انبنى على الأقوال الثلاثة ، وإن تصرف بعد الحجر عليه لم يصح تصرفه كالمسقى ، ولنا أن ملكه تعلق به حق غيره مع بقاء ملكه فيه فكان تصرفه موقوفاً كتبرع المريض » .

وانظر في تصرفات المرتد مقال العقد الموقوف للدكتور محمد زكي عبد البر ص ٢٦ — ٢٨ .

(٤) جاء في المرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه ج ٤ ص ٣٠٦ « لا خلاف في وقف مال المرتد بمجرد الرد ، وإنما الخلاف هل يرجع إليه إذا تاب وهو المشهور أو يكون فيئاً مطلقاً كما أخذ من الحربي » . وانظر أيضاً شرح الحرشي ج ٨ ص ٢٨ — ٢٩ ، ومواهب الجليل للخطاب ج ٦ ص ٨٢ الطبعة الأولى ١٣٢٩ هـ مطبعة السعادة .

(٥) جاء في حاشية البجيرى على شرح الخطيب المسألة بتعفة الحبيب ج ٤ ص ٢٢٢ : =

وذهب أبو يوسف ومحمد من الحنفية ^(١) إلى القول بنفاذ تصرفاته لأن ملكه لا يزول عن ماله بالردة ، وإنما يزول بالموت أو القتل أو اللحاق بدار الحرب ، وهذا قول الحنابلة في رواية ^(٢) .

ثم اختلف أبو يوسف ومحمد فيما بينهما . فذهب أبو يوسف إلى أن تصرف المرتد يصح كما يصح تصرف الصحيح لأن الظاهر عوده إلى الإسلام ، إذ الشبهة تزاح فلا يقتل فصار كالمرتدة ، ولا يجعل كالشرف على الهلاك ، وعند محمد رحمه الله يصح كما يصح من المريض مرض الموت لأنه لا يرجع إلى الإسلام ظاهراً فيقتل ، لأن من انتحل إلى نحلة قل ما يتركه لاسيما إذا كان معرضاً عما نشأ فيه ، فيفضى إلى القتل ظاهراً بخلاف المرتدة لأنها لا تقتل .

وذهب الشافعية في قول آخر في المذهب ^(٣) وكذا الحنابلة ^(٤) في رواية أخرى عندهم إلى أن تصرفات المرتد بالبيع ونحوه تعتبر باطلة .
ومن ثم فإنه يتلخص لنا أن هناك آراء ثلاثة في حكم تصرفات المرتد في أمواله :

« وملك المرتد موقوف ، هذا هو الصحيح من أقوال ثلاثة : زواله قطعاً وإن كان يعود له بالإسلام وبقاؤه قطعاً والثالث موقوف وعمل الخلاف في غير المسكاتب وأم الولد . أما ما فوقوان قولاً واحداً حتى يعتق بالموت وعمله أيضاً في غير حطب وصيد وملكهما قبل الردة ثم ارتد ففيهما قولان قبل في بيت المال وقيل باقيان على الإباحة ولا وقف » .
وانظر أيضاً الجلال المحلى على المنهاج طبعة الحلبي ج ٤ ص ١٢٨ .

(١) انظر في فقه الحنفية تبين الحقائق للزيلعي ج ٣ ص ٢٨٧ — ٢٨٨ وبجم الأنهر في شرح ملتقى الأبحر ج ١ ص ٥٢١ وانظر البدائع للسكاساني ج ٧ ص ١٣٦ .

(٢) انظر في فقه الحنابلة القواعد لابن رجب ص ٤٠٧ — ٤٠٨ .

(٣) انظر في فقه الشافعية شرح الجلال المحلى على المنهاج ج ٤ ص ١٧٨ ، وفي نهاية المحتاج ج ٥ ص ١١٧ : « توكيل المرتد غيره في تصرف مالي موقوف وجزم ابن المقرئ بطلانه وعبارة الروض وتوكيل المرتد كتصرفه ، قال في شرحه فلا يصح » .

(٤) المغني لابن قدامة ج ٨ ص ١٢٩ — ١٣٠ .

١ - رأى يقول بوقف تصرفاته ، وإلى هذا ذهب الإمام أبو حنيفة والمالكية والحنابلة في إحدى الروايتين في المذهب ، وكذا عند الشافعية في قول في المذهب .

٢ - رأى يقول بنفاذ تصرفاته ، وإلى هذا ذهب الصحابان أبو يوسف ومحمد من الحنفية والحنابلة في رواية .

٣ - رأى يقول بالبطلان ، وإلى هذا ذهب الحنابلة في رواية أخرى عندهم وفي قول آخر عند الشافعية .

وهذه الآراء الثلاثة مبناها هل تظل ملكية المرتد لماله ثابتة كما هي أم تزول ملكيته عن أمواله .

أدلة الرأي الأول :

١ - الردة سبب لزوال الملك لأنها سبب لوجوب القتل والقتل سبب لحصول الموت فكان زوال الملك عند الموت مضافاً إلى السبب السابق وهو الردة . ولا يمكنه اللحاق بدار الحرب بأمواله لأنه لا يمكن من ذلك بل يقتل فيبقى ماله فاضلاً عن حاجته الأصلية فكان ينبغي أن يحكم بزوال ملكه للحال ، إلا أننا توقفنا لاحتمال عوده إلى الإسلام ، فالإسلام مرجو منه ، فتوقف تصرفاته لتردد حاله بين القتل والإسلام ، فإذا عاد ترتفع الردة من الأصل وتجعل كأن لم تكن^(١) . فكان التوقف في الزوال حالاً لاشتباه العقوبة ، فإن أسلم تبين أن الردة لم تكن سبباً لزوال الملك لارتفاعها من الأصل وإن قتل أو مات أو لحق بدار الحرب وقعت سبباً لزوال الملك من حين وجودها فتبين أن الملك كان زائلاً من حين وجود الردة لأن

(١) البدائع ج ٧ ص ١٣٦ ، وانظر أيضاً مقالا في الأدلة المتعارضة ووجوه ترجيحها للأستاذ بدران أبو العيين بدران ص ٣٤٦ - ٣٤٧ بمجلة كلية الحقوق بجامعة الإسكندرية ، العددان الثالث والرابع - السنة العاشرة .

الحكم لا يتخلف عن سببه^(١).

٢ — تصرف المرتد كتصرف المريض مرض الموت بجامع أن كلا منهما قد تعلق بملكه حق الغير مع بقاء ملكه فيه، فكما وقف تبرع المريض يوقف تصرف المرتد^(٢).

أولاً الرأي الثاني :

١ — صحة التصرف تعتمد الأهلية، وهي تثبت بالخطاب وهو بالعقل والمرتد عاقل، ونفاذ التصرف يعتمد الملك وهو ثابت إذ لو زال ملك المرتد لزال إلى ورثته ولم يقل به أحد بدليل أنه لا تنفذ تصرفاتهم في أمواله فعلى هذا ينفذ تصرفه ولا يقف ذكراً كان أم أنثى^(٣).

٢ — الملك ثابت للمرتد حال إسلامه لوجود الحرية التي هي سبب الملك أو الأهلية، والردة لا تؤثر في الملك إنما تؤثر في إباحة دمه، وحيث ظل ملكه مع رده ثابتاً نفذت تصرفاته.

ويناقش هذا الدليل بأننا لا نسلم أن الردة لا تؤثر في الملك، كيف وهي سبب لزوال الملك بالنص، فقد قال صلى الله عليه وسلم « من بدل دينه فاقتلوه »، فالردة تبديل للدين فتسكون سبباً لوجوب القتل الذي هو سبب للموت والذي هو سبب لزوال الملك والحكم يضاف إلى السبب السابق.

٣ — المرتد مكلف محتاج وكل من هو كذلك يجب عدم زوال ملكه

(١) انظر في هذا تبين الحقائق للزيلعي ج ٣ ص ٢٨٧ — ٢٨٨ .

(٢) انظر المغني لابن قدامة ج ٨ ص ١٢٩ — ١٣٠ .

(٣) انظر في هذا تبين الحقائق للزيلعي ج ٣ ص ٢٨٧ — ٢٨٨، وبمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر ج ١ ص ٥٢١ .

لأنه لا يتمكن من إقامة موجب التكليف إلا بالملك فيبقى ملكه إلى أن يقتل فينفذ تصرفه^(١).

ونوقش هذا بأننا نمنع أن كل مكلف محتاج لا يزول ملكه عنه، إذ المرفوق زائل الملك مع أنه مكلف محتاج^(٢).

٤ — المرتد كالمحكوم عليه بالرجم والقصاص بجامع أن كلا منهما مكلف مباح الدم، فكما لا يزول ملك المحكوم عليه بالرجم والقصاص ما لم يقتل فكذلك المرتد لا يزول ملكه ما لم يقتل، وحيث كان الأمر كذلك فتصرفه قبل قتله نافذ.

ويمكن القول بأنه لا أثر للرجم والقصاص في الملك، وكل أثرهما في إباحة الدم وذلك بخلاف الردة فأثرها — في زوال عصمة النفس والمال — ثابت بالنص^(٣).

دليل الرأي الثالث :

إن عصمة النفس والمال بالإسلام فزوال الإسلام يزيل ما عصم به فعصمة ماله زالت بزوال الإسلام فملكه زال عن ماله فيبطل تصرفه.

ونوقش هذا بأنه لا يلزم من زوال عصمة المال زوال الملك عنه، بل زوال الملك يكون إذا ما استولى عليه^(٤).

وبالنظر في هذه الآراء السابقة وما ورد على أدلتها من مناقشات، فإنه يترجح لنا الرأي الأول القائل بالوقف، فهو رأى سديد يحقق الصالح العام

(١) انظر العناية على هامش فتح القدير ج ٥ ص ٣١٢.

(٢) انظر حاشية سعدى جلي في الموضع السابق.

(٣) انظر رسالة الوكالة لأستاذنا محمد زكريا البرديسي ص ٤٩ — ٥٠.

(٤) المرجع السابق ص ٥٠.

للإسلام والمسلمين ، لأن القول بوقف تصرفاته مقصود به عدم تمكنه من إخراج ملكه إلى من يرى من أعداء الإسلام والمسلمين ، فتتوفر بذلك ثروته المالية على ورثته المسلمين حين ارتداده وفي القول بنفاذ تصرفاته لا يتحقق ذلك ، هذا بالإضافة إلى أن ملكه قد تعلق به حق غيره مع بقاء ملكه فيه فكان تصرفه موقوفاً ، ففي القول بالوقف منع للضرر عن الورثة وحماية لحقهم .

وإذا نظرنا إلى القوانين الوضعية فإننا لا نجد تنظيماً لموضوع تصرفات المرتد كهذا الذي نظمته الشريعة الإسلامية. غير أننا نلاحظ أن الدساتير كفلت للأفراد حرية العقيدة فكفالتها من النظام العام ، وقد قضت محكمة النقض بأن « الاعتقاد الديني مسألة نفسانية فلا يمكن لأية جهة قضائية البحث فيها إلا عن طريق المظاهر الخارجية الرسمية فقط ، فإذا ما غير شخص دينه أو مذهبه رسمياً فإنه من وقت هذا التغيير ، لا يعتبر خاضعاً إلا لأحكام الدين أو المذهب الجديد » (١) .

ومن ثم فلا تأثير في القانون الوضعي لتغيير الديانة على التصرفات التي يجريها من يغير ديانته ، فهي تعتبر صحيحة نافذة وفقاً للقواعد العامة في القانون .

(١) حكم محكمة النقض في ٣ ديسمبر سنة ١٩٣٦ طعن رقم ١٠٥ سنة ٥ ق ، بمجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض في ٢٥ عاماً حتى آخر ديسمبر سنة ١٩٥٥ ج ١ ص ١١٨ قاعدة رقم ٨ ، ومجموعة عقود عمر ج ٢ رقم ١٤ ص ٣٢ .

الباب الثاني

ناقص الأهلية ومعيب الإرادة

الفصل الأول

ناقص الأهلية

تمهيد :

لا خلاف بين العلماء في أن تصرفات الصغير غير المميز سواء أكانت نافعة نفعاً محضاً ، أم ضارة به ضرراً محضاً ، أم مترددة بين النفع والضرر تعتبر باطلة لأن عبارته ملغاة ، ومن ثم فإن تصرفه ينعقد باطلاً وليس موقوفاً فلا تصححه الإجازة^(١) .

وفي حكم الصغير غير المميز المجنون المغلوب بحال والذي لا يفيق ، فلا يصح تصرفه ولو أجازته الولي أو القيم عليه ، لأن صحة العبارة بالتمييز وهو لا تميز له فيقع تصرفه أيضاً باطلاً لا موقوفاً^(٢) .

(١) وقد نصت المادة ٩٦٦ من مجلة الأحكام العدلية على ذلك فقالت : « لا تصح تصرفات الصغير غير المميز القولية وإن أذن بذلك وليه وذلك لفقدان أهلية التصرف ولو كانت هذه التصرفات من قبيل الهبة والصدقة لأن البيم والإجارة والكفالة والحوالة والرهن والهبة والشركة والوكالة والصلح والإقراض يجب وقوعها من عاقل مميز ، كما وأن المهادة والقضاء لا يجوز وقوعهما من الصغير » . وقد نصت على بطلان تصرفات الصغير غير المميز المادة ١١٠ من التقنين المدني المصري الحالي .

(٢) انظر في حكم تصرفات المجنون تعيين الحقائق للزبلي ج ٥ ص ١٩١ ، والدر وحاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٩٣ — ٩٤ . وانظر في فقه الشيعة الإمامية مفتاح الكرامة للعاملين

ويعني في هذا المقام أن ندين حكم تصرفات الصبي المميز وهو يعتبر ناقص الأهلية ومن في حكمه كالفقيه وذى الغفلة .

المبحث الأول

تصرف الصبي المميز

المطلب الأول

تصرف الصبي المميز في الشريعة

عرف الأحناف الصبي المميز بأنه هو الذى يعرف أن البيع سالب للملك ، والشراء جالب له ، ويعلم الغبن الفاحش من اليسير ، ويقصد به تحصيل الربح والزيادة. وقد قضت بهذا المادة ٩٤٣ من مجلة الأحكام العدلية فقالت : « الصغير غير المميز هو الذى لا يفهم البيع والشراء أى لا يعلم كون البيع سالباً للملك والشراء جالباً له ولا يميز الغبن الفاحش من اليسير والطفل الذى يميز هذه المذكورات يقال له صبي مميز » .

وتنقسم تصرفات الصبي المميز إلى ثلاثة أقسام (١) :

ج ٥ ص ٢٧٣ فقد جاء فيه : « المجنون كغير المميز فلا أثر لعبارة ولا قصد » . وفى البدائع للكاسانى ج ٧ ص ١٧٠ - ١٧١ : « أما المجنون فلا تصح منه التصرفات القولية كلها فلا يجوز طلاقه وعتاقه وكتابته وإقراره ولا ينقذ بيعه وشراؤه حتى لا تلحقه الإجازة ولا يصح منه قبول الهبة والصدقة والوصية وكذا الصبي الذى لا يعقل لأن الأهلية شرط جواز التصرف وانعقاده ولا أهلية بدون العقل » . وفرق التقنين المدنى المصرى الحالى بين تصرفات المجنون الصادرة قبل تسجيل قرار الحجر فيعتبرها صحيحة إلا إذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة فإنها تكون باطلة وبين تصرفاته بعد تسجيل قرار الحجر فيعتبرها باطلة (انظر المادة ١١٤ من هذا التقنين) .

(١) جاء فى البدائع للكاسانى ج ٧ ص ١٧٠ - ١٧١ : « والتصرف لا يخلو إما أن يكون من الأقوال وإما أن يكون من الأفعال ، أما التصرفات القولية فعلى ثلاثة أقسام : نافع محض وضار محض ودائر بين الضرر والنفع ، وأما الصبي العاقل فتصح منه التصرفات النافعة بلا خلاف ولا تصح منه التصرفات الضارة المحضة بالإجماع وأما الدائرة بين الضرر =

الأولى : التصرفات النافعة نفعاً محضاً كقبول الهبة والوصية والصدقة وهذا النوع يصح بعبارة وينفذ دون حاجة إلى إجازة من له الولاية عليه . وليس في هذا النوع من التصرفات ضرر به فلم يكن ثمة حاجة إلى الاستعانة بغيره ، وفي القول بصحتها منفعة له ، فلذلك صحت ونفذت .

وقد نصت على هذه التصرفات المادة ٤٨٥ من مرشد الخيران فقالت : « التصرفات التي تصدر من الصبي المميز والمعتوه وتكون نافعة لها نفعاً محضاً جائزة ولو لم يحجزها الولي أو الوصي » . وكذلك نصت الفقرة الأولى من المادة ٩٦٧ من مجلة الأحكام العدلية على ذلك فقالت : « يعتبر تصرف الصغير المميز إذا كان في حقه نفع محض فإذا أجز الصغير نفسه يستحق الأجرة وإن لم يأذن به الولي ولم يحجزه كقبول الهدية والهبة » . ولا خلاف بين الفقهاء في انعقاد هذه التصرفات صحيحة نافذة .

الثانية : التصرفات الضارة ضرراً محضاً ومثل ذلك أن يهب ماله بدون عوض أو يقرضه لغيره أو يتصدق به أو يقفه ، فإنه لا يملك شيئاً من ذلك لما فيه من الضرر المحض وكذلك لا يملكه وليه ، وإذا لم يكن لوليّه مباشرة هذه التصرفات ابتداء لم يكن له حق إجازتها انتهاء ، وتقع باطلة فلا تصح ولا تنفذ ولو أجازها الولي بل لو قام بها الولي نفسه . وعلى هذا نصت المادة ٤٨٤ من مرشد الخيران فقالت : « تصرفات الصبي المميز والمعتوه القولية غير جائزة أصلاً إذا كانت مضرّة لها ضرراً محضاً وإن أجازها

== والنفع كالبيع والشراء والإجارة ونحوها فيعتقد عندنا موقوفاً على إجازة وليه فإن أجاز جاز وإن رد بطل » . وفي حاشية الطحطاوى على الدر المختار ج ٤ ص ٨١ مطبعة ١٢٨٢ هـ .
الأميرية : الصبي العاقل له عبارة صحيحة فيها هو نفع محض كقبول الهبة وفيها هو متردد بين الضرر والنعم فإنه صحيح العبارة في حق الانعقاد حتى تنعقد تجارته موقوفة على إجازة الولي وفيه هو ضرر محض كالطلاق والعناق فاسد العبارة أصلاً في حق الانعقاد والنفاذ جميعاً » .

الولى أو الوصى . . وكذلك نصت الفقرة الثانية من المادة ٩٦٧ من مجلة الأحكام العدلية على أنه : « لا يعتبر تصرفه الذى هو فى حقه ضرر محض وإن أذن بذلك وليه وأجازه كأن يهب لآخر شيئاً . . ولا خلاف بين الفقهاء فى أن هذه التصرفات تنعقد باطلة لما فيها من الضرر المحض .

الثالثة : التصرفات المترددة بين الضرر والنفع وذلك كالبيع والشراء والإجارة والشركة والمساقاة وسائر المعاوضات . وهذه تنشأ وتنعقد بعبارة الصغير ولكنها تكون موقوفة على إجازة الولى أو الوصى .

أما انعقادها بعبارته ، فلأن عبارته صحيحة فى حق الانعقاد موقوفة على الإجازة ، إذ يتوافر فيها القصد إلى فهم معانى الألفاظ التى تنعقد بها العقود ، وفوق ذلك فإن فى تصحيح عبارته فائدة تعويده التجارات ، وتقضى بها ضرورة تربية الصغير وتعويده السير فى الحياة إذ فيها مران له واختبار لعقله ومداركه ، وبذلك يمكن أن يحكم له أو عليه متى بلغ سن الرشد .

وقد نصت على حكم هذه التصرفات المادة ٩٦٧ من مجلة الأحكام العدلية فى فقرتها الثالثة فقالت : « وأما العقود الدائرة بين النفع والضرر فى الأصل فتعقد موقوفة على إجازة وليه ، وليه مخير بين إعطاء الإجازة وعدمها فإن رآها مفيدة فى حق الصغير أجازها وإلا فلا ، (١) .

وجاء فى البدائع للكاسانى : « وكذلك الصبي المحجور عليه إذا باع مال نفسه أو اشترى أو تزوج امرأة أو فعل بنفسه ما لو فعل عليه وليه لجاز عليه ، يتوقف على إجازة وليه ما دام صغيراً أو على إجازته بنفسه بعد

(١) انظر فى بيان هذا النص شرح مجلة الأحكام العدلية للأستاذ سعيد المحاسنى ص ٣٤٤ . وانظر أيضاً فى انعقاد تصرف الصبي المميز الدائرين الضرر والنفع موقوفاً على الإجازة المواد : ٣٧٧/٢ من مجلة الأحكام العدلية ، ١٧٧ ، ٢٦٨ ، ٢٧١ ، ٢٧٣ ، ٢٧٥ ، ٢٧٦ ، ٣١٠ ، ٤٢٨ ، ٤٨٥ من مرشد الحيات .

البلوغ إن لم يوجد من وليه في حالة صغره ، حتى لو بلغ الصبي قبل إجازة الولي فأجاز بنفسه جاز ولا يتوقف على نفس البلوغ من غير إجازة ، لأن هذه التصرفات لها مجيز حال وجودها ، ألا ترى أنه لو فعلها وليه جازت فاحتملت التوقف على الإجازة ، لأنه لما بلغ فقد ملك الإنشاء فأولى أن يملك الإجازة ، ولأن ولايته على نفسه فوق ولاية وليه عليه في حال صغره ، فلما جاز بإجازة وليه فلأن يجوز بإجازة نفسه أولى ، (١) .

فهذه التصرفات تتوقف على إجازة الولي أو الوصي لأن الصغير المميز لم يكتمل عقله بعد ، وفي رأيه ضعف ويخشى عليه من مغبة تصرفه وفساد تدبيره وعدم تقديره لعواقب الأمور ، فكان لابد من رأى الولي لتنفيذ هذه العقود ، فإن أجازها نفذت وإن لم يجزها بطلت . ويشترط في الإجازة أن تكون صحيحة معتبرة شرعاً بأن يكون التصرف مما يملك الولي أو الوصي نفسه مباشرة فإن كان لا يملكه لم تكن إجازته معتبرة (٢) ، وذلك كالبيع بغبن فاحش فإنه يقع باطلاً ولا يصح بإجازة الولي لأنه لا يملك أن يبيع ابتداء بالغبن الفاحش فلا يملك أن يجيزه إذا باشره من هو تحت ولايته هذا ما ذهب إليه صاحبان ، وقد جاء في كتب الحنفية ما يدل على أن أباحنفية رضى الله عنه يرى أن يبيع الصبي المميز وشراؤه مع الغبن الفاحش صحيح

(١) انظر البدائع للسكاساني ج ٥ ص ١٤٩ — ١٥٠ ، وفتح القدير ج ٥ ص ٣١٢ ، والفتاوى الأقروية ج ١ ص ٢٥٢ ، وغنية ذوى الأحكام في بغية دور الحسكام ومي حاشية على الدر المنلاخسرو تأليف أبي الإخلاص حسن بن عمار بن علي بن يوسف المصري الشرنبلالي الحنفي مخطوط رقم ٢٦٩ بدار الكتب المصرية ص ٣٥٠ ، وانظر الفتاوى المهدية ج ٣ ص ٣ .

(٢) انظر في تصرفات الصبي المميز رد المختار لابن عابدين ج ٥ ص ١١٣ — ١١٤ طبعة ١٣٢٥ هـ ، وانظر أيضاً المبسوط للسرخسي ج ٢٤ ص ١٨٢ والبدائع ج ٧ ص ١٧١ ، وانظر الملكية ونظرية العقد للإستاذ محمد أبي زهرة ص ٢٩١ طبعة ١٩٣٩ م ، وأحكام المعاملات الشرعية للشيخ علي الحقيف ص ٢٨١ طبعة ١٩٤٧ م والمدخل للفقهاء الإسلاميين للإستاذ محمد سلام المذكور ص ٤٤٩ . وانظر الأهلية وعوارضها للرحوم الشيخ أحمد إبراهيم ص ١٣ — ١٦ .

نافذ بإجازة وليه ، على الرغم من أن وليه لا يملك ذلك وحده ، وقد عللوا هذا بأن عبارة الصبي المميز صالحة لإنشاء العقود وأنه لوجود التمييز عندهم أهل لإنشائها ، وإنما توقف لإنشاؤه إياها فيما إذا كانت دائرة بين النفع والضرر لقصور رأيه وضعف وزنه ، فإذا انضم إليه رأى وليه صار مجبوراً به ، والتحق بالبالغ ، فينقد لذلك تصرفه بالغبن الفاحش ، ولكن بشرط أن يكون مع غير الولي ، أما إذا تصرف مع الولي نفسه فعن أبي حنيفة في ذلك روايتان : إحداهما تفيد النفاذ والجواز لأنه يتصرف بنفسه وبأهليته ، ورواية تفيد المنع لأن شبهة نيابته عن الولي في هذا التصرف قائمة وذلك لحاجته إلى رأى وليه بسبب قصور رأيه فكان لهذه الشبهة اعتبار في موضع التهمة ، وهو بيعه لوليه ، أو شراؤه منه فلم يحز لذلك ولم ينفذ^(١) . ونحن نرجح رأى الصاحبين لما فيه من الاحتياط بالنسبة للصغير والمحافظة على أمواله .

هذا هو رأى الحنفية في بيان حكم تصرفات الصبي المميز المترددة بين النفع والضرر تنعقد موقوفة على الإجازة .

أما الصبي المميز المأذون له فتنعقد تصرفاته صحيحة نافذة^(٢) .

ويتفق مع الحنفية في القول بانعقاد تصرف الصبي المميز الدائر بين

(١) فقد جاء في كشف الأسرار على أصول الإمام نضر الإسلام على بن محمد البردوي ج ٤ ص ١٣٧٧ — ١٣٧٨ هـ طبعة ١٣٠٧ هـ : « احتمال الضرر في التصرف يزول برأى الولي حتى يجعل الصبي كالبالغ وذلك في قول أبي حنيفة رحمه الله ألا يرى أنه صحح بيعه بغبن فاحش من الأجانب والولي لا يملكه وذلك باعتبار أن نقصان رأيه جبر برأى الولي فصار كالبالغ وعند أبي يوسف ومحمد رحمه الله تعالى . قالوا : لا يملك بالغبن الفاحش مع الأجانب ومع الولي وعن أبي حنيفة رحمه الله أن في التصرف مع الولي روايتين في الغبن الفاحش في رواية أجازة لا قلنا وفي رواية أبطله بشرط النيابة وذلك أنه في الملك أصيل وفي الرأى أصيل من وجه دون وجه ألا يرى أن له أصل الرأى دون وصفه فتثبت شبهة النيابة فاعتبرت في موضع التهمة وعلى هذا قلنا في المحجور إذا توكل لم يلزمه العهد وإذاذن الولي يلزمه » .

(٢) انظر في انعقاد بيع الصبي موقوفاً إذا كان محجوراً ونافذاً إن كان مأذوناً ، البحر الرائق لابن نجيم ج ٥ ص ٢٨١ .

النفع والضرر موقوفاً على إجازة وليه المالكية^(١) وفي إحدى الروايتين عند الحنابلة^(٢) والشيعة الإمامية^(٣) والزيدية^(٤) . أما عند الشافعية^(٥) وكذا الحنابلة^(٦) والشيعة الإمامية^(٧) والزيدية^(٨) في الرواية الأخرى عندهم فتصرف الصبي المميز الدائر بين النفع والضرر باطل .

ومن ثم فإنه يتلخص لنا أن هناك آراء ثلاثة في حكم تصرفات الصبي المميز المتعددة بين النفع والضرر .

١ - قول بالبطلان وإلى هذا جنح الشافعية ، وفي إحدى

(١) جاء في شرح الحرشي ج ٥ ص ٢٩٢ : « المميز إذا تصرف بمعارضة بغير إذن وليه فذلك موقوف على نظر وليه من إجازة أو رد كان الولي أباً أو غيره حيث استوت مصلحة الرد والإجازة ، وأما تصرفه بغير معاوضة كنية وعتق وما أشبه ذلك فإنه يتعين على الولي رده ، والصبي المميز إذا تصرف بغير إذن وليه ولم يعلم بذلك إلا بعد خروجه من الحجر أو علم وسكت أو كان مهملاً لا ولي له وتصرف ثم خرج من الحجر بأن بلم رشيداً فإن النظر في ذلك له لا لغيره فإن شاء رده وإن شاء أمضاه كما كان لوليه » وانظر أيضاً حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ٣ ص ٢٩٤ .

(٢) انظر في فقه الحنابلة المغني لابن قدامة ج ٤ ص ٢٤٦ الطبعة الثالثة ١٣٦٧ هـ وهم يتفقون مع الحنفية في التفرقة بين الصبي المميز المأذون له وبين غير المأذون له فيصح وينفذ تصرف الأول ويتوقف تصرف الثاني . في المغني ج ٤ ص ٤٦٨ (في باب الحجر) « ومتى أذن له وليه فتصرف صح تصرفه » .

(٣) انظر في فقه الشيعة الإمامية مفتاح الكرامة للعاملي ج ٥ ص ٢٧٢ .

(٤) انظر البحر الزخار ج ٣ ص ٣٠٥ - ٣٠٦ الطبعة الأولى ١٣٦٧ هـ / ١٩٤٨ م .

(٥) جاء في كتاب المجموع شرح المذهب ج ٩ ص ١٥٧ : « كما لا تصح من الصبي تصرفاته القولية لا يصح قبضه في تلك التصرفات فلو اتهم له الولي شيئاً وقبله ثم قبضه الصبي بإذن الوهاب لم يصح قبضه ولا يحصل الملك فيه بهذا القبض » . وانظر أيضاً المذهب للشيرازي ج ١ ص ٢٥٧ .

(٦) انظر في فقه الحنابلة المغني لابن قدامة ج ٤ ص ٢٤٦ ، وانظر أيضاً كتاب نيل المآرب بشرح دليل الطالب لعبد القادر بن عمر الشيباني في مذهب الحنابلة ص ٩٩ .

(٧) انظر في فقه الشيعة الإمامية مفتاح الكرامة للعاملي ج ٥ ص ٢٧٢ .

(٨) انظر في فقه الشيعة الزيدية البحر الزخار ج ٣ ص ٣٠٥ - ٣٠٦ .

الروایتین عند الحنابلة ، وكذا الشيعة الإمامية والزيدية .

٢ — قول بالوقف وإلى هذا ذهب المالكية والشيعة الإمامية والزيدية في الرواية الأخرى عندهم .

٣ — قول بالتفصيل وإلى هذا ذهب الحنفية والحنابلة في الرواية الأخرى عندهم ، فالصبي المميز إما أن يكون مأذوناً له في التجارة وإما ألا يكون مأذوناً له .

فإن كان مأذوناً له في التجارة فتصرفه صحيح نافذ وإن لم يكن مأذوناً له فتصرفه موقوف على إجازة الولي .

ونوضح فيما يلي أدلة كل فريق منهم .

١ — أدلة القائلين بالبطلان

١ — استدلوا بقوله صلى الله عليه وسلم : « رفع القلم عن ثلاثة : عن الصبي حتى يبلغ وعن النائم حتى يستيقظ وعن المجنون حتى يفيق » (١) . ووجه الدلالة أن الصبي المميز غير مكلف فأشبهه في هذا الصبي غير المميز ولأنه تصرف في مال فلم يفوض إلى الصبي لحفظ المال .

فهم بهذا قد قاموا تصرفات الصبي المميز على تصرفات الصبي غير المميز وهذا القياس مردود لأن قياس المميز على غير المميز قياس مع الفارق وليس بصحيح ، لأن غير المميز ليس في تصرفه أية مصلحة يقصدها فلا تحصل المصلحة بتصرفه لأنه عديم العقل ، وليس في تصرفه فائدة محقة ولا متوهمه لعدم تمييزه ومعرفة . أما المميز فهو يعقل العقد ويدرك ما فيه من المصلحة

(١) انظر في هذا نصب الراية ج ٤ ص ١٦٣ .

فاقتربا غاية الأمر أنه لما كان يتوهم أنه يغبن في تصرفه لعدم كمال عقله بالبلوغ قال الفقهاء بتوقف نفاذ تصرفه على إجازة الولي حتى يرى ما فيه من المصلحة فيجيزه أو المضرة فيبطله .

٢ - العقل لا يمكن الوقوف منه على الحد الذي يصلح الإنسان به للتصرف لحفظه ، ولهذا اقتضت حكمة الشارع الحكيم أن يجعل للصلاحيّة ضابطاً وهو البلوغ فلا معنى لأن يثبت له أحكام العقلاء قبل وجوب المظنة فلا يصح تصرف غير البالغ .

ويرد على ذلك بأن العقل يمكن الوقوف منه على الحد الذي يصلح الإنسان به للتصرف ، فصلاحيته للتصرف تدرك بآثاره وجريان تصرفاته على وفق المصلحة .

وكما أن البلوغ دليل على كمال الصلاحية ، كذلك الإذن من الولي ، إذ لا تراحم في الأسباب (١) .

٣ - أن علة الحجر على الصبي الصبا ، وهو باق بعد الإذن وبقاء العلة يستلزم بقاء المعلول فالتحقق هذا التصرف الدائر بين النفع والضرر بما هو ضرر محض كالطلاق والعتاق ، وهما لا يصحان وإن أذن له الولي . وعلى ذلك فلا يصح تصرف الصبي ولو كان مأذوناً .

ويناقش هذا بأن الصبا ليس علة للحجر فليس الحجر لذات الصبا وإنما هو لعدم هدايته في أمور التجارة ، فإذا أذنه الولي تحقق زوال هذا السبب لأنه لا يأذن له إلا إذا رأى ثاقب رأيه وهدايته في أمور التجارة .

وأما إلحاق تصرفه بما هو ضرر محض كالطلاق والعتاق فممنوع إذ كل من الطلاق والعتاق ضرر محض فكيف يلحق بهما ما هو متردد بين النفع والضرر فالفرق بينهما واضح .

(١) انظر في بيان هذا رسالة الوكالة لأستاذنا محمد زكريا البرديسي ص ٤١ (في حكم توكيل الصبي المميز) .

٢ - أدلة المفصلين

استدلوا على صحة تصرف الصبي المأذون ونفاذه بما يأتي :
قال تعالى : « وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم
رشداً فادفعوا إليهم أموالهم » (١) .

وقد ذكر الجصاص أن الابتلاء قبل البلوغ يكون من وجهين :

أولهما : أمر بابتلائهم في حال كونهم يتامى .

ثانيهما : أخبر أن بلوغ النكاح بعد الابتلاء ، وكيفية الابتلاء أن يعطى
الصغير شيئاً من المال ثم يرى كيف يكون تصرفه فإن أحسن فيه كان
راشداً .

ومن هنا نعلم كيف دلت الآية على المطلوب لأن معناها اختبارهم
لمتعلموا رشدهم ، ولا يتحقق الاختبار إلا بتفويض التصرف إليهم من بيع
وشراء وغيرهما ليعلم الأولياء هل يغبن اليتيم في تصرفه أم لا ؟ وهذا
يقتضى صحة التصرف من اليتامى في فترة الابتلاء أو الاختبار ، ولأن
الصبي عاقل مميز يعقل العقد ويقصده بمعنى أنه يعرف أن البيع سالب للسلك
والشراء جالب له (٢) .

ويناقش هذا الدليل بأن الابتلاء في قوله تعالى : « وابتلوا اليتامى ،
يتحقق بإحضار الولي للصبي في المعاملات المالية ويطلع على كيفية

(١) انظر في هذا سورة النساء ج ٤ آية ٦ .

(٢) انظر في هذا أحكام القرآن للجصاص ج ٢ ص ٧٤ - ٧٥ وتفسير المنار ج ٤
ص ٣٨٦ . وأحكام القرآن لابن العربي ج ١ ص ٣١٩ - ٣٢١ (تحقيق محمد علي البجاوي)
طبعة الأولى ١٩٣٧ - ١٩٥٧ م .

التصرف ويسأله في كل عمل عن رأيه فيه فإذا رأى أجوبته سديدة ورأيه صالحاً يعلم أنه قد رشد وعلى ذلك فليس في الآية ما يفيد تفويض التصرف إلى الصبي حتى يحكم بصحة تصرفه .

وأجيب عن ذلك بأن القول لا يغني عن الفعل فقليل من النباهة والذكاء كاف لأن يحسن الشخص الجواب إذا ما طلب منه إبداء رأيه في ثمن كذا .

على أننا نرى الكثير ممن قد وصفوا بالذكاء والتعليم يتكلم أحدهم في التجارة عن علم ، فإذا ما هيأت له الظروف عملاً تجارياً أسند إليه وقف مكتوف اليدين لا يعمل شيئاً ، وإذا عمل أساء العمل ولم يحسنه ، فكيف يصح حمل الابتلاء على الابتلاء بالقول مع اتفاق الفضلاء على قاعدة أن بين العلم والتجربة بوناً شاسعاً . فالابتلاء بتفويض التصرف لا مناص منه فدلّت الآية على المطلوب^(١) .

٢ — الصبي المميز محجور عليه كالعبد ، فكما صح تصرف العبد إذا أذنه سيده ، يصح تصرف الصبي إذا أذنه وليه .

ويناقش هذا بأنه قياس مع الفارق فإن علة الحجر بالنسبة للعبد انشغاله بخدمة سيده ، وعلة الحجر بالنسبة للصبي قلة هدايته في أمور التجارة .

وقد استدلوا على القول بانعقاد تصرف الصبي غير المأذون موقوفاً على الإجازة بما استدلل به القائلون بالوقف ونوضح دليلهم على النحو الآتي :

أدلة القائلين بوقف تصرفات الصبي غير المأذون

التصرفات المترددة بين النفع والضرر يحتمل أن يكون في عقدها مصلحة وأن يكون فيها ضرر والذي يدرك ذلك هو الولي ، لأن رأى الصبي

(١) انظر في هذا رسالة الوكالة لأستاذنا محمد زكريا البرديسي ص ٤٢ — ٤٣ .

المميز ناقص، ولهذا توقف تصرفاته على إجازة الولي فإن رأى النفع في الإجازة أجاز وإلا نقض .

وما دام تصرف الصبي المميز ينعقد موقوفاً على إذن وليه فلا ضرر يترتب على صحة انعقاد تصرفه ، بل فيه فائدة وهي اختباره وابتلاؤه ليتمرن على تصرفات العقلاء البالغين، حتى إذا ما أدرك كان له من المران السابق ما يبصره بعواقب التصرفات ، هذا بالإضافة إلى أن في القول بالوقف على الإجازة سداً لباب الضرر عنه ، لأن الإجازة لا تحصل إلا إذا تبين أن التصرف مفيد له ، فيها يندفع توهم الضرر فيلتحق التصرف بما تتمحض فيه المنفعة فيكون للصبي فيه عبارة صحيحة رغم نقص أهليته ، وما يقال عن الإجازة اللاحقة يقال عن الإذن السابق ، إذ في حال الإذن السابق يندفع توهم الضرر بانضمام رأى الولي إلى رأى القاصر .

وبالنظر في أدلة الفقهاء في حكم تصرفات الصبي المميز المترددة بين النفع والضرر وما أثير حولها من مناقشات ، فإنه يترجح لنا الرأى القائل بالوقف لأنه يهدف إلى حمايته وعدم الإضرار به .

المطلب الثاني

تصرف الصبي المميز في القانون

أخذ المشرع في التقنين المدني المصري الحالي بفكرة الفقه الإسلامي في تقسيم تصرفات الصبي المميز إلى تصرفات نافعة نفعاً محضاً ، وتصرفات ضارة ضرراً محضاً ، وتصرفات مترددة بين النفع والضرر فنص في المادة ١١١ منه على ما يأتي :

١ — إذا كان الصبي مميزاً كانت تصرفاته المالية صحيحة متى كانت نافعة نفعاً محضاً وباطلة متى كانت ضارة ضرراً محضاً .

٢ - أما التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر فتكون قابلة للإبطال لمصلحة القاصر ويزول حق التمسك بالإبطال إذا أجاز القاصر التصرف بعد بلوغه سن الرشد ، أو إذا صدرت الإجازة من وليه أو من المحكمة بحسب الأحوال وفقاً للقانون .

والأعمال الدائرة بين النفع والضرر طبقاً لهذا النص هي لا تتمحض عن نفع خالص ولا عن ضرر صرف ، وهي التصرفات التي يتبادل فيها الطرفان الأخذ والعطاء ، ففيها يأخذ كل من الطرفين مقابلاً لما يعطى ويكتسب حقوقاً في مقابل ما يتحمله من التزام ، ومثالها البيع والشراء والإيجار ، وهي كما نرى تحتل الربح والخسارة^(١) .

وحكم مثل هذا التصرف أنه صحيح منتج لكل آثاره إلى حين الحكم بإبطاله ، وذلك على خلاف الحكم في الشريعة الإسلامية حيث يعتبر التصرف موقوفاً على إجازة الولي فإن أجازته نفذ وإن لم يجزه بطل .

ويستطيع القاصر بعد البلوغ طلب هذا البطلان ، كما يستطيع أن يطلبه الولي عليه أيضاً ، على أن طلب القاصر البطلان يسقط إذا هو لم يرفع الدعوى بطلبه في خلال الثلاث السنوات التالية لبلوغه سن الرشد (م ١٤٠ من القانون المدني المصري الحالي) .

ولا يمكن طلب البطلان إذا سبق أن صدرت إجازة هذا التصرف من يملك الإجازة كالولي إذا كان يملك إجراء هذا التصرف قانوناً ، وكذا المحكمة فيما يلزم موافقتها عليه من تصرفات ، والقاصر عند بلوغه .

أما إذا لم يتقرر بطلان التصرف بحكم بناء على طلب القاصر أو وليه ، فإن التصرف يظل صحيحاً منتجاً لكل آثاره ، ولا يبطل التصرف إلا بحكم

(١) انظر في هذا المدخل للعلوم القانونية ص ٦١٦ طبعة ١٩٦٢ للأستاذ الدكتور عبد المنعم البدر أوى .

من القاضى أو بالتراضى عليه وعلى ذلك فلا يكفي لإبطال العقد الذى عقده ناقص الأهلية أن يعلن القاصر من جانبه أو أن يعان وليه البطلان أو رفض الإجازة ، كما لا يبطل العقد لرفض محكمة الأحوال الشخصية إجازته وإنما لابد من رفع دعوى بالبطلان .

فإذا حكم ببطلان تصرف القاصر على النحو سالف البيان زال ما كان له من اثر ، ليس بالنسبة للمستقبل فقط ، بل بالنسبة لماضى أيضاً ، ويترتب على هذا أن ناقص الأهلية يكون له الحق فى استرداد ما دفعه ، ولكن المتعاقد الآخر لا يسترد من ناقص الأهلية إلا مقدار ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد ^(١) . وقد نصت على ذلك المادة ١٤٢/٢ من التقنين المدنى المصرى الحالى فقالت : « ومع ذلك لا يلزم ناقص الأهلية إذ أبطل العقد لنقص أهليته أن يرد غير ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد » .

ونحن نلاحظ أن المشرع المصرى وإن كان قد استقى من الشريعة الإسلامية التقسيم الثلاثى لتصرفات الصبي المميز واتفق معها فيما يتعلق بحكم تصرفاته الضارة به ضرراً محضاً وكذا تصرفاته النافعة نفعاً محضاً ، إلا أنه جعل تصرفاته الدائرة بين النفع والضرر قابلة للإبطال ، وهو فى هذا يخلط بين أحكام الشريعة الإسلامية وأحكام الفقه الغربى ، وكان الأجدر به أن يسير فى فلك الشريعة الإسلامية إلى النهاية فيجعل الحكم واحداً كما استقى منها المسائل الموضوعية . فالأولى فى نظرنا أن يعتبر تصرف الصبي المميز فى التصرفات المترددة بين النفع والضرر موقوفاً على إجازة الولى أو الوصى نظراً له ومحافظة على أمواله ^(٢) .

وبهذا رأى أخذ المشرع فى التقنين المدنى العراقى فنصت المادة ٩٧ منه على أنه ، « يعتبر تصرف الصغير المميز إذا كان فى حقه نفع محض وإن لم يأذن به الولى ولم يحزه ، ولا يعتبر تصرفه الذى هو فى حقه ضرر محض

(١) انظر فى هذا المرجع السابق ص ٦١٧ / ٦١٨ .

(٢) انظر فى تأييد هذا رأى أصول القانون للدكتور مختار القاضى ص ١٥٥ / ١٥٦ .

وإن أذن بذلك وليه وأجازه ، أما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر
فتتعدد موقوفة على إجازة الولي في الحدود التي يجوز فيها لهذا النظر ابتداء .

المبحث الثاني

السفيه وذو الغفلة

المطلب الأول

تعريف السفيه وذو الغفلة في الشريعة

يلحق بالصبي المميز السفيه وذو الغفلة ، ولهذا فإننا سنفرد لكل منهما
فرعاً مستقلاً .

الفرع الأول

تعريف السفيه في الشريعة

السفيه لغة الطيش وخفة العقل^(١) . وشرعاً إضاعة المال وإفراقه على
خلاف مقتضى العقل والحكمة^(٢) .

وقد ألحق الفقهاء السفيه المحجور عليه في تصرفاته المالية بالصبي المميز .
وعلى هذا نصت المادة ٢٧٣ من مرشد الحيران فقالت : « المحجور عليه
حجراً قضائياً بسفه وسوء تصرف في ماله حكمه حكم الصبي المميز في
التصرفات التي تحتل الفسخ ويطلبها الهزل كالبيع والإجارة ونحوهما
فلا تنفذ عقودهما فيها إلا إذا أجازها القاضي فإن أجازها نفذت وإن ردها

(١) وفي المصباح المنير ج ١ ص ٣٨٠ طبعة ١٩٢٥ م (السفيه مع الفاء وبما يثنى)
سفه سفهاً من باب تعب وسفه بالضم سفاهة فهو سفيه . . والسفه نقص في العقل وأصله
الخفة .

(٢) عرفه الزيلعي في كتابه تبيين الحقائق ج ٥ ص ١٩٣ بأنه : « العمل بخلاف موجب
الشرع واتباع الهوى وترك ما يدل عليه العقل » .

بطلت . وإنما تصح تصرفاته التي لا تحتل الفسخ كالنكاح والطلاق ، وفي الإنفاق على من تلزمه نفقتهم ، وفي وصاياه بالقرب من ثلث ماله إن كان له وارث كالبالغ . . وهذا هو رأى الصاحبين أبى يوسف ومحمد من الحنفية فهما يريان الحجر على السفه لأن في ذلك نظراً إلى مصلحة نفسه وحفظاً لماله . أما الإمام أبو حنيفة^(١) فهو لا يرى الحجر على السفه ولو حجر عليه القاضى لم ينفذ حجره ، ولو تصرف بعد الحجر عليه تنفذ تصرفاته ، فالسفه في رأيه كالرشيد في التصرفات المالية وغير المالية . والحكمة في عدم الحجر عليه في رأيه هو أن أهليته كاملة متى بلغ عاقلاً إلا أنه لايسير حسب العقل مكابرة منه وهو حر في تصرفاته والحجر ينافى الحرية وفيه إهدار لأدميته وإنسانيته وهى أجل وأخطر من المال الذى يراد حفظه بالحجر عليه ، ولأن التصرف قد صدر من أهله مضافاً إلى محله فلا يمنع شيء من صحته ونفاذه .

وإذا كان الصاحبان يريان الحجر على السفه فهل يصير محجوراً بذات السفه أم لا بد من قضاء القاضى بذلك ؟ ذهب الإمام محمد بن الحسن إلى أن الحجر على السفه يكون بذات السفه فكل تصرف يصدر منه بعد ثبوت السفه عليه لا يكون نافذاً حتى ولو لم يصدر حكم القضاء بالحجر لأن العلة

(١) جاء في تبين الحقائق للزيلعى ج ٥ ص ١٩٣ : « ولا يحجر عليه بسبب سفه وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله فهو لا يرى الحجر على الحر البالغ بسبب السفه والدين والغفلة في تصرفات لا تصح مع الهزل كالبيع والهبة والإجارة والصدقة ولا يحجر عليه في غيرها كالطلاق . . . ولأن في الحجر عليه إهداراً لأدميته وإلحاقاً له بالبهايم وهو أشد ضرراً من التبذير ولا يتحمل الأعلى لدفع الأدنى ولم ير الإمام الحجر إلا على الطيب الجاهل والفقير الملاجئ وهو الذى يعلم الناس الحيل الباطلة كتعلم الارتداد لتبين المرأة من زوجها أو لتسقط عنها الزكاة ، وللمكاري الفلس وهو الذى يؤجر الجمال وليس له جمال يحمل عليها وليس عنده مال يشتري به الدواب والناس يعتمدون عليه ويدفعون له الكراء ، فتذهب أموال الناس وتنفوت حاجاتهم ودفع الضرر العام واجب وإن كان فيه إلحاق الضرر الخاص ، فالإمام يرى الحجر في هذه الحالات الثلاث لدفع الضرر العام » . وانظر أيضاً البدائع للكاسانى ج ٧ ص ١٦٦/١٧١ ، والدرر المختار لابن عابدين ج ٥ ص ٩٧/٩٨ ، وشرح ابن ملك على مجمل البحرين لابن الساعاتى مخطوط رقم ٢٨ بدار الكتب المصرية ص ١٤٦/١٤٥ .

متى وجدت وجد معلولها بلا توقف على أمر آخر .

وذهب الإمام أبو يوسف إلى أنه لا بد من قضاء القاضى بالحجر على السفية وكل تصرف يصدر منه قبل الحجر يكون صحيحاً نافذاً وذلك حتى لا يضار من يتعامل معه عن غير بينة ، ولأن فى الحجر عليه خلافاً بين الفقهاء فحسب للخلاف يجب القضاء به ، كذلك فإن الحجر أمر متردد بين الضرر والنفع بالنسبة للمحجور عليه ، ولأن إهدار أهليته ضرر عليه وإبقاء ماله خير له فلا بد من القضاء لترجيح أحد الجانبين على الآخر^(١) . وقد رجح ابن عابدين هذا رأى وقال إن ظاهر كلام الأحناف ترجيح رأى أبى يوسف على رأى محمد^(٢) .

وتصرفات السفية كتصرفات الصبي المميز تنقسم إلى ثلاثة أقسام :

أولاً : التصرفات النافعة نفعاً محضاً :

وهذه التصرفات كقبول الهبة والصدقة ويترتب عليها اغتناء للسفيه ، ولهذا فإنها تعتبر صحيحة نافذة ولا تتوقف على إجازة الولى لأنها محض منفعة فلا يجوز للولى أن يرفضها^(٣) .

(١) انظر فى هذا تبين الحقائق للزيلعى ج ٥ ص ١٩٥/١٩٦ ، والبدائع ج ٧ ص ١٦٩ و كتاب الحجر ، ومختصر الطحاوى ص ٩٧ — ٩٨ ، وانظر الأحكام الشرعية فى الأحوال الشخصية للأستاذ الشيخ أحمد إبراهيم ص ١٧٣ ، ومباحث الحكم عند الأصوليين للأستاذ محمد سلام مذكور ص ٣٠٨ وما بعدها وانظر له أيضاً المدخل للفقهاء الإسلامى ص ٤٥٧ الطبعة الثانية ١٣٨١ هـ / ١٩٦٣ م .

(٢) ابن عابدين ج ٥ ص ٩٦ .

(٣) انظر فى نفس المعنى المادة ٩٩٠ من مجلة الأحكام العدلية ، والمبسوط للسرخسى ج ٢٤ ص ١٨٠ ، والمدخل للفقهاء الإسلامى للأستاذ محمد سلام مذكور ص ٤٥٨ — ٤٥٩ .

ثانيا : التصرفات الضارة ضرراً محضاً :

وهذه التصرفات كالوقف والهبة بدون عوض والإبراء من الدين .
والسفيه لا يستطيع مباشرة هذه التصرفات ، لأن وليه لا يستطيع مباشرتها لما
فيها من ضرر محقق من غير احتمال النفع .

وقد استثنى جمهور الفقهاء من ذلك الوصية فذهب الصحابان أبو يوسف
ومحمد من الحنفية إلى أن وصية السفيه باطلة قياساً على سائر تبرعاته صحيحة
استحساناً إذا كانت في القرب وأبواب الخير ، ووجه الاستحسان أن المحجور
عليه إنما حجر عليه لمعنى النظر له كي لا يتلف ماله ويبقى كلاً على غيره . وذلك
في حياته كما أن فيها ما فيها من الثواب الجزيل والذكر بعد وفاته بالجميل ، وهذه
الوصية مقيدة بالثلث إن كان له وارث . هذا إذا كانت الوصية موافقة لوصايا
اهل الخير والصالح كالوصية بالحج أو بناء المساجد أو للمساكين . أما إذا
كانت ما يستعجب به المسلمون فلا تنفذ^(١) .

وذهب المالكية إلى أن وصية السفيه جائزة^(٢) ويتفق معهم الشافعية^(٣)
في قول . وعند الحنابلة تصح في قول أكثر أهل المذهب وحكى أبو الخطاب
من الحنابلة أنها لا تصح لأنه محجور عليه في تصرفاته فلم تصح منه كالهبة^(٤) .
ثالثاً : التصرفات المالية المترددة بين النفع والضرر :

ذهب الإمام أبو حنيفة إلى أن التصرفات المالية كالبيع والشراء

(١) انظر في هذا تبين الحقائق للزيلعي ج ٥ ص ١٩٨ .

(٢) انظر في فقه المالكية بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٣٤ .

(٣) انظر في فقه الشافعية المذهب للشرازي ج ١ ص ٤٥٦ .

(٤) انظر المغنى والشرح الكبير ج ٦ ص ٤١٦ طبعة ١٣٤٧ هـ فقيه : « المحجور عليه
للسفه تصح وصيته في قياس قول أحد وهو قول الأكثرين لأنه عاقل مكاف فصحت وصيته
كالرشيد .. وفيه وجه آخر أنها لا تصح حكاه أبو الخطاب لأنه محجور عليه في تصرفاته فلم
تصح منه كالهبة . ولنا أنه عاقل مكاف فصحت وصيته كالرشيد ولأن وصيته محض مصالحة
من غير ضرر لأنه إن عاش لم يذهب من ماله شيء وإن مات فهو محتاج إلى الثواب فصحت
وصيته كعبادته » .

والإجارة التي يعقدها السفية تعتبر صحيحة نافذة لأن السفية ليس بمحجور عن التصرف أصلاً فهو كالرشيد في سائر تصرفاته^(١).

وذهب أبو يوسف ومحمد من الحنفية^(٢) وكذا المالكية^(٣) وفي إحدى الروايتين في المذهب الحنبلي^(٤) وعند الشيعة الإمامية^(٥) على رأى في المذهب،

(١) جاء في البدائع للكاساني ج ٧ ص ١٧١ : « وأما السفية عند أبي حنيفة فليس محجور عن التصرفات أصلاً وماله ومال الرشيد في التصرفات سواء لا يختلفان إلا في وجه واحد وهو أن الصبي إذا بلغ سفيهاً يمنع عنه ماله إلى خمس وعشرين سنة ، وإذا بلغ رشيداً يدفع إليه ماله فأما في التصرفات فلا يختلفان حتى لو تصرف بعد ما بلغ سفيهاً ومنع عنه ماله فقد تصرفه كما ينفذ بعد أن دفع إليه المال عنده » .

(٢) جاء في البدائع في نفس الموضوع السابق : « وأما عندهما حكمه وحكم الصبي العاقل والبالغ المعتوه سواء فلا ينفذ بيعه وشراؤه وإجارته وهبته وصدقته وما أشبه ذلك من التصرفات التي تحمل النقص والفسخ وأما فيما سوى ذلك فحكمه وحكم البالغ العاقل الرشيد سواء فيجوز طلاقه ونكاحه وإعتاقه وتجب عليه نفقة زوجته وأماربه » .

(٣) جاء في بداية المجتهد لابن رشد ج ٢ ص ٣٣٤ : « فأما السفية البالغة لمجهور العلماء على أن المحجور إذا طلق زوجته أو خالعها مضى طلاقه وخلعه إلا ابن أبي ليلى وأبو يوسف وخالف ابن أبي ليلى في العتق فقال إنه ينفذ وقال الجمهور إنه لا ينفذ ، وأما وصيته فلا أعلم خلافاً في نفوذها ولا تنزيمه هبة ولا صدقة ولا عطية ... وأما ما يفعله بعوض فهو أيضاً موقوف على نظر وليه إن كان له ولي فإن لم يكن له ولي قدم له ولي فإن رد بيعه الولي وكان قد أتلّف الثمن لم يتم من ذلك بشيء وكذا إن أتلّف عين المبيع » . وفي القوانين الفقهية لابن جزي ص ١٨١ : « وكذا بيع السفية والمحجور لا ينفذ وشراؤه موقوف على نظر وليه » . وحاء في مواهب الجليل للخطاب ج ٥ ص ٦٢ : « تصرف المميز السفية صغيراً كان أو بالغاً كلما كان بغير عوض فإنه مردود وما كان بعوض فهو موقوف على إجازة وليه » . وانظر أيضاً شرح الخرشى ج ٥ ص ٢٩٥ والبهجة في شرح النخبة ج ٢ ص ٢٧٩ .

(٤) جاء في الفتى لابن قدامة ج ٤ ص ٤٧٥ طبعة ١٣٦٧ هـ : « هل يصح تصرف السفية بالبيع والشراء ؟ على وجهين : يصح لأنه عقد معاوضة فليسك بالإذن كالنكاح ولأنه عاقل محجور فصح تصرفه بالإذن كالصبي لأن الحجر على الصبي أعلى من الحجر عليه فلأن يصح تصرفه بالإذن هنا أولى ولائنا لو منعتنا تصرفه بالإذن لم يكن لنا طريق إلى معرفة رشده واختباره . والثاني : لا يصح لأن الحجر عليه لتبذيره وسوء تصرفه فإذا أذن له فقد أذن فيما لا مصلحة فيه فلم يصح » .

(٥) انظر في فقه الشيعة الإمامية مفتاح الكرامة للعالمى ج ٥ ص ٢٧٤ .

إلى أن هذه التصرفات تنعقد موقوفة على إجازة وليه فإن أجازها نفذت وإلا بطلت .

وذهب الشافعية^(١) ، وفي الرواية الأخرى عند الحنابلة^(٢) والشيعة الإمامية^(٣) إلى القول بطلان تصرفات السفينة المالية المترددة بين النفع والضرر .

ومن ثم فإنه يتلخص لنا أن هناك آراء ثلاثة في حكم تصرفات السفينة المالية المترددة بين النفع والضرر .

١ - قول بالنفاد ، وإلى هذا ذهب الإمام أبو حنيفة رضي الله عنه .

٢ - قول بالوقف ، وإلى هذا ذهب أبو يوسف ومحمد من الحنفية والمالكية ، وفي إحدى الروايتين في المذهب الحنبلي وعند الشيعة الإمامية .

٣ - قول بالبطلان ، وإلى هذا ذهب الشافعية وكذا الحنابلة والشيعة الإمامية في الرواية الأخرى عندهم .

دليل الرأي الأول :

استدل الإمام أبو حنيفة على القول بنفاذ تصرفات السفينة المالية وغير المالية بأن السفينة كالرشيد فأهليته كاملة متى بلغ عاقلًا وهو حر في تصرفاته ، والحجر عليه ينافي الحرية ، لأن فيه إهداراً لأدميته وإنسانيته وهي أجل وأخطر من المال الذي يراد حفظه بالحجر عليه ، لأن التصرف صدر من

(١) انظر في فقه الشافعية نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ج ٤ ص ٣٥٤ طبعة ١٣٥٧ هـ / ١٩٣٨ م بمطبعة الحلبي .

(٢) انظر في فقه الحنابلة المغني لابن قدامة ج ٤ ص ٤٧٥ .

(٣) انظر في فقه الشيعة الإمامية مفتاح الكرامة للعامل ج ٥ ص ٢٧٤ .

أهله مضافاً إلى محله فلا يمنع شيء من صحته ونفاذه^(١) .

ويناقش هذا بأن قياس السفية على الرشيد قياس مع الفارق ، فالسفية مبذر لماله فاسد التدبير . أما الرشيد ذو الأهلية الكاملة فليس كذلك فافترقا . ومن ثم فإن القياس يكون غير صحيح .

أولاً الرأي الثاني :

١ — استدلل القائلون بالوقف بأن السفية فاسد التدبير ، وإرادته ضعيفة لا تقدر عواقب الأمور ، فرأى الشارع ضم رأيه إلى رأى وليه ، فإذا رأى فى التصرف خيراً أجازة فننفذ وإن رفضه بطل^(٢) .

٢ — السفية عاقل محجور عليه فصيح تصرفه بالإذن فيه كالصبي ، ولأن الحجر على الصبي أعلى من الحجر عليه ، فإذا صح تصرف الصبي مع الإذن فلأن يصح هنا يكون من باب أولى ، ولأنه لو قلنا يمنع تصرفه بالإذن لم يكن هناك سبيل لمعرفة رشده واختباره^(٣) .

ويناقش هذا بأن قياس السفية على الصبي المميز قياس مع الفارق ، إذ أن علة الحجر على الصبي المميز هى نقص أهليته وعدم كمال تمييزه ، أما بالنسبة للسفية فهمى تبذيره لماله . هذا فضلاً عن أن حكم الأصل وهو تصرف الصبي المميز غير متفق عليه ، فمن الفقهاء من يقول ببطلانه ، ومن ثم فإن القياس يكون غير صحيح .

٣ — تصرف السفية يهتد موقوفاً على إجازة وليه ، محافظة على أمواله

(١) انظر البدائع للكاسانى ج ٧ ص ١٦٩ — ١٧٠ ، وتبيين الحقائق الزيلعى ج ٥ ص ١٩٣ ، ورد المختار لابن عابدين ج ٥ ص ٩٧ — ٩٨ .

(٢) انظر البدائع للكاسانى ج ٧ ص ١٧١ والفتاوى الهندية ج ٥ ص ٦١ .

(٣) انظر فى هذا المعنى لابن قدامة ج ٤ ص ٤٧٥ .

وذلك قياساً على القول بوقف نفاذ تصرف الفضولي (١) .

ويناقش هذا بأن قياس وقف تصرفات السفهاء على الفضولي قياس مع الفارق فالعلة في القول بوقف نفاذ الأولى على إجازة وليه هو تبذير السفهاء وعدم تدبيره لعواقب الأمور . أما بالنسبة للفضولي فالعلة في وقف تصرفاته ، هو عدم ولايته في التصرف ، إذ أنه غير مالك للشيء الذي تصرف فيه ، ولصدور التصرف دون إذن شرعي من صاحب الشأن فيوقف على إجازته لمنع الضرر عنه . هذا فضلاً عن أن حكم الأصل غير متفق عليه فمن الفقهاء من يقول ببطلان تصرفات الفضولي ، وشرط القياس الأصولي أن يكون حكم الأصل متفقاً عليه فيكون القياس غير صحيح .

أولاً الرأي الثالث :

١ — استدلوا بقوله تعالى : « ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم قياماً وارزقوهم فيها واكسوهم » (٢) . وقوله جل شأنه : « فإن كان الذي عليه الحق سفيهاً أو ضعيفاً أو لا يستطيع أن يمل هو فليمل وليه بالعدل » (٣) .

ووجه الدلالة من هاتين الآيتين أن السفهاء مبذر لماله متلف له ، فيجب أن تناط تصرفاته بولي له لأن النظر للولي واجب . فإذا عقد تصرفاً من التصرفات المالية دون إذن وليه كان تصرفه باطلاً .

٢ — تصرف السفهاء كتصرف الصبي المميز ، ينعقد كل منهما باطلاً ، لأن .

(١) انظر في هذا مفتاح الكرامة للعامل ج ٥ ص ٢٧٤ .

(٢) سورة النساء آية ٥ ج ٤ ، وانظر في تفسير هذه الآية أحكام القرآن لابن العربي ج ١ ص ٣١٨ .

(٣) سورة البقرة آية ٢٨٢ ج ٣ . وانظر في تفسير هذه الآية أحكام القرآن لابن العربي ج ١ ص ٢٤٩ .

الصبي إنما حجر عليه لنقص أهليته ولتوهم التبذير، أما السفیه فقد تحقق منه، ولهذا يمنع عنه ماله ابتداء من باب أولى، ولأن الحجر عليه لتبذيره وسوء تصرفه، فإذا أذن له فقد أذن فيما لا مصلحة فيه فلم يصح^(١).

ویناقش هذا بأن قياس السفیه على الصبي المميز قياس مع الفارق، لاختلاف العلة في الحجر عليهما كما هو واضح، هذا فضلاً عن أن حكم الأصل وهو تصرف الصبي المميز غير متفق عليه فمن الفقهاء من يقول بوقفه، ومن ثم فإن القياس يكون غير صحيح.

ونحن إذا تأملنا في آراء الفقهاء وأدانتهم وما ورد عليها من مناقشات، فإنه يترجح لنا الرأي القائل بالوقف، لأنه يحقق الحماية للسفیه، فلا ينفذ أى تصرف من تصرفاته المالية إلا إذا رأى الولی فيه نفعاً له.

الفرع الثاني

تصرف ذی الغفلة في الشريعة

ذو الغفلة^(٢) هو من لا يهتدى إلى التصرفات الربحية فيعثر في البياعات لسلامة قلبه، فهو لا يقصد في تصرفاته إلى إضاعة أمواله لسوء تصرفه كالسفيه.

وقد ألحق الفقهاء في الحكم تصرفات ذی الغفلة بتصرفات السفیه.

(١) انظر في فقه الشافعية نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ج ٤ ص ٣٥٤ طبعة ١٣٥٧هـ / ١٩٣٨ م مطبعة العليی. وانظر في فقه الحنابلة المنی ج ٤ ص ٤٢٥.

(٢) جاء في المصباح المنیر ج ٢ ص ٦١٥ — ٦١٦ طبعة ١٩٢٥: (الغین مع الفاء وما یشلها) : « الغفلة غيبة الشيء عن بال الإنسان وعدم تذكره له وقد استعمل فيمن تركه إحمالاً وإعراضاً كما في قوله تعالى : « وهم في غفلة معرضون ». وذو الغفلة من ليس له فطنة ».

فأجاز صاحبان ومالك والشافعي وابن حنبل الحجر عليه ما داموا يجيزون الحجر على السفية ، وقد خالفهم الإمام أبو حنيفة فلم يجز الحجر عليه كالسفيه^(١).

وقد استدل بجيزو الحجر عليه بقوله تعالى : « فإن كان الذي عليه الحق سفيهاً أو ضعيفاً أو لا يستطيع أن يمل هو فليمل وليه بالعدل » . وقالوا إن المقصود بقوله تعالى : « أو ضعيفاً » — في الآية — هو ذو الغفلة^(٢) .

وحكم تصرفات ذى الغفلة المحجور عليه ، سواء منها ما كان ضاراً ضرراً محضاً أو نافعاً نفعاً محضاً أو متردداً بين النفع والضرر ، يكون كحكم تصرفات السفية المحجور عليه .

غير أننا نلاحظ أن هناك خلافاً بين كل من السفية وذى الغفلة ، فعلة الحجر على السفية هي سوء تصرفه في ماله وتبذيره وإفراقه على خلاف مقتضى العقل والحكمة . أما علة الحجر على ذى الغفلة ، فهي عدم اهتدائه .

(١) انظر في هذا تبين الحقائق للزليعي ج ٥ ص ١٩٨ فقيه : « لا يجزى على الغافل بسبب غفلته وهو ليس بمفسد ولا يقصده لكنه لا يمتدئ إلى التصرفات الراجعة فيتبرن في البياعات سلامة قلبه وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وعند أبي يوسف ومحمد والشافعي يجزى عليه كالسفيه صيانة لماله » . وانظر أيضاً الفتاوى الهندية ج ٥ ص ٦٠ طبعة ١٣٠٠ هـ .

(٢) انظر في هذا المعنى تفسير القرطبي ج ٣ ص ٣٨٥ — ٣٨٧ مطبعة دار الكتب المصرية ١٩٣٨ م فقيه بيان بأن الضعيف في آية فإن كان الذي عليه الحق سفيهاً أو ضعيفاً هو ذو الغفلة وأن ابن حنبل قال بالحجر عليه وهو مذهب مالك على الصحيح ، وانظر الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية للشيخ أحمد إبراهيم ص ١٧٢ وما بعدها ، والمعاملات في الشريعة الإسلامية للأستاذ أحمد أبي الفتوح ج ١ ص ١٤٧ ، وانظر المدخل لفقهاء الإسلام . الأستاذ محمد سلام مذكور ص ٤٥٧ فقد جاء فيه : « ذو الغفلة هو من لا يهتم إلى التصرفات الراجعة بسبب البساطة وسلامة القلب مما يؤدي إلى غيبته في المعاملات المالية . ومع هذا فلا فرق بينه وبين السفية في الحكم » . وانظر له أيضاً مباحث الحكم عند الأصوليين ص ٣٢٤ .

إلى التصرفات الربحية وغبنه لسلامة قلبه وضعف إدراكه . ومن ثم فإن القياس يكون مع الفارق .

ونحن نكتفي بما سبق أن قلناه في تصرفات السفه لأن الفقهاء قد ألحقوا تصرفات ذى الغفلة به من حيث الحكم .

ونبين فيما يلي حكم تصرفاتهما في القانون .

المطلب الثاني

تصرف السفه وذى الغفلة في القانون

يلحق بالصبي المميز في فقه القانون كل من السفه وذى الغفلة ، وعلى هذا نصت المادة ١١٥ من التقنين المدني المصرى الحالى في فقرتها الأولى فقالت : « إذا صدر تصرف من ذى الغفلة أو من السفه بعد تسجيل قرار الحجر سرى على هذا التصرف ما يسرى على تصرفات الصبي المميز من أحكام ، فذو الغفلة والسفه يحجر عليهما وينصب لهما قيم ، وتكون أهليتهما بعد تسجيل قرار الحجر ناقصة كأهلية الصبي المميز ، فيصح منهما التصرف النافع نفعاً محضاً كقبول الهبة ، ويبطل التصرف الضار بهما ضرراً محضاً كالهبة ، ويكون قابلاً للإبطال تصرفهما المتردد بين النفع ، والضرر كالبيع والإجارة ، وقد استثنى القانون من التصرفات الثانية نوعين من التصرفات هما الوقف والوصية فهما يكونان صحيحين إذا صدرتا منهما وأذنتهما المحكمة في ذلك . وعلى هذا نصت المادة ١١٦ في فقرتها الأولى فقالت : « يكون تصرف المحجور عليه لسفه أو غفلة بالوقف أو بالوصية صحيحاً متى أذنته المحكمة في ذلك ، » .

كذلك فإنه يجوز لكل منهما أن يتسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها، وهذا ما نصت عليه المادة ١١٦ في فقرتها الثانية فقالت : « وتكون أعمال الإدارة الصادرة من المحجور عليه لسفه المأذون له بتسلم أمواله صحيحة في الحدود التي رسمها القانون » .

هذا هو حكم تصرفاتهما بعد تسجيل قرار الحجر . أما التصرفات الصادرة قبل تسجيل قرار الحجر فهي في الأصل صحيحة ، وذلك لأن انتقاص الأهلية لا يثبت إلا بحكم القاضي بالحجر ، وهذا يتفق مع رأى الإمام أبى يوسف، خلافاً لرأى الإمام محمد الذى يذهب إلى أن الحجر للسفه يثبت بقيام السبب نفسه وهو السفه لا بحكم القاضي . ولا يسرى القرار الصادر بالحجر فى حق الغير إلا من وقت تسجيل قرار الحجر ، ولا يمكن للغير أن يحتج بعدم علمه بالحجر متى كان القرار مسجلاً (١) .

وقد استثنى القانون من صحة تصرفات السفه وذى الغفلة الصادرة قبل تسجيل قرار الحجر حالتين هما حالة التواطؤ ، والاستغلال وعلى هذا نصت المادة ٢/١١٥ من التقنين المدنى المصرى الحالى فقالت : « أما التصرف الصادر قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلاً أو قابلاً للإبطال إلا إذا كان نتيجة استغلال أو تواطؤ » .

وينصب على كل من السفه وذى الغفلة قيم ، وولاية القيم على أموالها تكون كولاية على مال المجنون والمعتوه وكالولاية على مال القاصر، وعلى هذا نصت المادة ٦٥ من القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ فى شأن أحكام الولاية على المال فقالت : « يحكم بالحجر على البالغ للجنون أو العته أو

(١) انظر فى هذا الوسيط للأستاذ الدكتور السهورى ج ١ ص ٢٨٣ — ٢٨٤ طبعة

للسفه وللغفلة ولا يرفع الحجر إلا بحكم وتقيم المحكمة على من يحجر عليه قيمياً لإدارة أمواله وفقاً للأحكام المقررة في هذا القانون،^(١).

مدى الاتفاق والاختلاف بين أحكام الشريعة والقانون

في حكم تصرفات السفه وذى الغفلة

يتفق الفقه القانوني مع ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من ضرورة الحجر على السفه وذى الغفلة محافظة على مالهما، ولم يخالف في ذلك إلا الإمام أبو حنيفة.

غير أن القانون لم يعتبر التصرف الصادر منهما قابلاً للإبطال إلا بعد تسجيل قرار الحجر، أو إذا كان التصرف الصادر قبل تسجيل قرار الحجر نتيجة استغلال أو تواطؤ.

أما فقهاء الشريعة فهم ليسوا على اتفاق في هذا، فعند الإمام أبي يوسف السفه والغفلة لا يثبتان إلا بحكم القاضي. أما الإمام محمد فهو يذهب إلى أن الحجر يثبت بذات السفه أو الغفلة لا بحكم القاضي^(٢).

ونحن نرى أنه وإن كان رأى أبي يوسف رأى له وجهته لا نضباطه، إلا أننا نرجح قول الإمام محمد؛ لأن في العمل به نظر للسفيه وذى الغفلة

(١) والمحكمة في الحجر على كل من ذى الغفلة والسفيه هو المحافظة على أموالهما). انظر في هذا المعنى حكم محكمة النقض في ٢٣/١٢/١٩٥٤ بمجموعة أحكام النقض س ٦ رقم ٤٩ س ٣٨٦ فقد جاء فيه « المحكمة في توقيع الحجر بسبب الغفلة هو المحافظة على مال المحجور عليه حتى لا يصبح عالة على المجتمع وكذلك المحافظة على مصالح الأسرة وغيرها من المصالح المشروعة كمصالح الدائنين ».

(٢) ويترتب على القول بأن الحجر لا يثبت إلا بحكم أن تصرفات السفه تكون نافذة قبله، أما لو قلنا إنها تثبت بذات السفه فإنها تنعقد موقوفة بالسفه ذاته ولا داعي للقضاء لأن العلة تدور مع معلولها وجوداً وعدمًا.

ومحافظة على أموالها من الضياع ، فقد يتوقعان الحجر عليهما فيعمدان إلى التصرف في أموالهما إلى من يتواطآن معه على ذلك ، وهذا ما نص عليه المشرع في التقنين المدني المصري الحالي في المادة ١١٥/٢ على النحو السالف البيان .

وبرأى الفقه الإسلامي في القول بوقف تصرفات السفية وذى الغفلة المالية ، أخذ المشرع في التقنين المدني العراقي فنصت المادة ١٠٩ في فقرتها الأولى منه على أن : « السفية المحجور في المعاملات كالتصغير المميز ولكن ولي السفية المحكمة أو وصيها فقط وليس لأبيه وجده ووصيها حق الولاية عليه ، أما تصرفات السفية التي وقعت قبل قرار الحجر فهي كتصرفات غير المحجور إلا إذا كان التصرف وقع غشاً بطريق التواطؤ مع من تصرف له السفية توكلاً للحجر عليه » . فهو قد اعتبر حكم تصرفات السفية كتصرفات الصبي المميز وقد سبق الإشارة إلى أن الأخيرة موقوفة على الإجازة^(١) ممن يملكها شرعاً .

ونص في المادة ١١٠ على ما يأتي : « ذو الغفلة حكمه حكم السفية » . وحسناً فعل المشرع العراقي في القول باعتبار تصرفاتهما موقوفة على إجازة القيم عليهما ، وحبذا لو أخذ المشرع عندنا بهذا الرأي سيما وأنه قد استقى المسائل الموضوعية المتعلقة بتصرفاتهما وكذا تصرفات الصبي المميز من الفقه الإسلامي ، ولكنه جعل الحكم هو قابلية التصرف للإبطال أخذاً من الفقه الغربي وهذه نتيجة لا تتفق مع ما سائر فيه القانون الشريعة الإسلامية حين اقتبس منها المسائل الموضوعية كما ذكرنا .

(١) انظر المبحث الأول من هذا الفصل تحت عنوان « تصرفات الصبي المميز في القانون » .

الفصل الثاني

تصرف معيب الإرادة

تمهيد :

العيوب التي تشوب إرادة العاقد في فقه الشريعة الإسلامية هي نفسها العيوب التي نص عليها المشرع في التقنين المدني المصري الحالي . وهذه العيوب هي الإكراه والغلط والتدليس والاستغلال أو الغبن في الفقه الإسلامي .

وقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في حكم تصرفات المكروه ، فمن قائل إنها فاسدة ، ومن قائل إنها باطلة ، ومن قائل إنها موقوفة .

أما في عيوب الإرادة الأخرى كالغلط والتدليس والغبن فقد جعل الفقهاء الحكم فيها هو عدم اللزوم ، وللمتعاقد الذي شاب إرادته عيب منها حق الخيار لفوات الوصف المرغوب ، أو لعدم سلامة إرادته إذا شابها تدليس أو غبن أو غلط .

أما في فقه القانون المدني فقد جعل المشرع حكم تصرف معيب الإرادة واحداً وهو قابلية العقد للإبطال .

وفي التقنين المدني العراقي جعل المشرع الحكم فيها هو الوقف على الإجازة أخذاً بفكرة العقد الموقوف من الفقه الإسلامي .

ونبين فيما يلي حكم تصرف المكروه بالبيع ، ثم نشير إلى حكم عيوب الإرادة الأخرى غير الإكراه مع بيان ما أخذ به المشرع في التقنين المدني العراقي في هذا الشأن .

المبحث الأول

تصرف المكروه بالبيع

المطلب الأول

تصرف المكروه بالبيع في الشريعة

الإكراه في اللغة حمل الغير على أمر لا يرضاه^(١).

وفي الاصطلاح حمل الغير على أمر كان يمتنع عنه قبل الإكراه بسبب تخويف المكروه وغلبة ظن المكروه أن يقع عليه ما هدد به^(٢).

ونبين فيما يلي آراء أئمة الفقه الإسلامي في حكم بيع المكروه ، وهو من التصرفات الهامة التي قد يكره الشخص على مباشرتها :

ذهب الإمام أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد إلى أن بيع المكروه فاسد ، لأن ركن البيع وهو المبادلة صدر من أهل البيع في محل قابل له ، فأفاد الملك

(١) جاء في المصباح المنير ج ٢ ص ٧٣ الطبعة السادسة الأميرية ١٩٢٥ م (الكاف مع الراء وما يشتملها) : « أكرهته على الأمر إكراهاً حملته عليه قهراً يقال فعلته كرهاً بالفتح أى إكراهاً وعليه قوله تعالى : « طوعاً أو كرهاً » . فقابل بين الضدين قال الزجاج كل ما في القرآن من الكره بالضم فالفتح جائز لإلا قوله تعالى في سورة البقرة : « كتب عليكم القتال وهو كره لكم » .

(٢) جاء في المبسوط للسرخسي ج ٢٤ ص ٣٨ - ٣٩ : « الإكراه اسم لفعل يفعل للمراء بشيء فينتهي به رضاه أو يفسد به اختياره من غير أن يعدم به الأهلية في حق المكروه أو يسقط عنه الخطاب لأن المكروه مبتلى والإبتلاء يقرر الخطاب ... ولذلك لا يندم أصل القصد والاختيار بالإكراه وكيف يندم ذلك وإنما طلب منه أن يختار أهون الأمرين عليه » وانظر في بيان حقيقة الإكراه وأركانه وشروطه بحثاً قيمياً لأستاذنا محمد زكريا البرديسي بعنوان : « الإكراه بين الفرية والقانون » ، منشور بمجلة القانون والاقتصاد العدد الثاني السنة الثلاثون ١٩٦٠ م .

عند التسليم ، كما في سائر البيوع الفاسدة ، ولا فرق سوى أن المفسد هناك لمكان الجهالة أو الربا أو غير ذلك وهنا الفساد لعدم الرضا ، فكان الرضا شرطاً للصحة لا شرطاً للحكم ؛ وانعدام شرط الصحة لا يوجب انعدام الحكم كما في البيوع الفاسدة الأخرى لغير الإكراه ، كما أنها لا تلحقها الإجازة لأن فسادها لحق الشرع كحرمة الربا وغير ذلك فلا يزول برضا العبد ، وههنا الفساد لحق العبد وهو عدم رضاه فيزول بإجازته ورضاه^(١) .

وقد نصت على هذا المادة ٢٩٧ من مرشد الخيران فقالت : « عقد المكره ينعقد فاسداً لا باطلا فيقبل الإجازة فإن أجازته المكره بعد زوال الخوف صراحة أو دلالة ينقلب صحيحاً » . ونصت المادة ٢٩٨ على أن : « عقود المكره لا يتوقف نفاذها على إجازته بعد زوال الإكراه بل تنفذ بلا توقف وتنفذ الملك بالقبض ، فإن كان المكره عليه عقد بيع يملك المشتري المبيع بقبضه ملكاً فاسداً ، ويصح فيه كل تصرف من التصرفات التي لا يمكن نقضها وتلزم قيمته ويكون للبائع مكرهاً الخيار إن شاء ضمن المكره له على البيع قيمته يوم تسليمه إلى المشتري وإن شاء ضمن المشتري قيمته يوم قبضه أو يوم أحدث فيه تصرفاً لا يحتمل النقص » .

وذهب الإمام زفر من الحنفية إلى أن بيع المكره موقوف ، لأن الرضا شرط البيع وقد فات الرضا بالإكراه فأصبح البيع موقوفاً على إجازة

(١) جاء في تبين الحقائق الزيلعي ج ٥ ص ١٨٢ — ١٨٣ : « ويثبت به الملك عند القبض للفساد أي يثبت بالبيع أو بالشراء مكرهاً للملك للمشتري لكونه فاسداً كسائر البياعات الفاسدة فقال زفر رحمه الله يثبت به الملك لأنه بيع موقوف وليس يفسد ، ألا ترى أنه لو أجاز بغير زوال الإكراه جاز ولو كان فاسداً لما جاز لأن الفاسد لا يجوز بالإجازة ولا يرتفع الفساد به ، والموقوف قبل الإجازة لا يفيد الملك بالقبض كما لو باع بشرط الخيار وسلبه إلى المشتري فإنه لا يملك بالقبض ويرى الأحناف أن ركن البيع وهو الإيجاب والقبول صدر من أهله مضافاً إلى محله والفساد لعدم شرطه وهو التراضي وفوات الشرط تأثيره في فساد العقد كالمساواة في الأموال الربوية فإنها شروط فيها لجواز البيع وفواتها يوجب الفساد والتوقف » .

المكروه كبيع الفضولى^(١) .

وهناك رأى آخر فى الفقه الحنفى يذهب إلى أن بيع المكروه فاسد موقوف ، وليس موقوفاً فقط كبيع الفضولى^(٢) .

ولعل ملحظهم فى ذلك ، أن العقد الموقوف يتفق مع بيع المكروه فى أنه ترد على البيع إجازة العاقد المكروه وهو البائع بعد زوال حالة الإكراه — قبل القبض وبعده — فينقلب البيع صحيحاً لأن الفساد فيه لحق البائع لا لحق الشرع ، وفى هذا يختلف عن البيع الفاسد لغير الإكراه فلا ترد عليه الإجازة أصلاً لأن الفساد فيه لحق الشرع^(٣) .

(١) جاء فى البدائع ج ٧ ص ١٨٦ : « وأما النوع الذى يحتل الفسخ فالبيع والشراء والهبة والإجارة ونحوها فالإكراه يوجب فساد هذه التصرفات عند أصحابنا الثلاثة رضى الله عنهم وعند زفر رضى الله عنه بوجوب توقفها كبيع الفضولى » . وانظر المبسوط للسرخسى ج ٢٤ ص ١٣٨ وما بعدها (كتاب الإكراه) ، وفتح القدير ج ٧ ص ٢٩٢ وما بعدها وانظر مقال الأستاذ محمد زكريا البرديسى السالف الفكر عن الإكراه والمدخل للفقه الإسلامى للأستاذ محمد سلام المذكور ص ٥٥٢ — ٥٥٣ الطبعة الثانية ١٣٨٣ هـ / ١٩٦٣ م .

(٢) جاء فى رد المختار لابن عابدين ج ٤ ص ٤ الطبعة الثالثة الأميرية ١٣٢٥ هـ : « ويخرج بيع المكروه مع أنه منقعد لخروجه على مبدأ الرضاية واعتراض فى البحر بأن بيع المكروه فاسد موقوف لا موقوف فقط كبيع الفضولى كما يفهم من كلام شارح النقابة قلت لكن قدمنا أن الموقوف من قسم الصحيح ومقتضاه أن بيع المكروه كذلك لكن صرحوا فى كتاب الإكراه أنه يثبت به الملك عند القبض للفساد فهو صريح فى أنه فاسد ، وإن خالف بقية العقود الفاسدة فى أربعة صور وأفاد فى المنار وشرحه أنه يتعقد فاسداً لعدم الرضا الذى هو شرط النفاذ وأنه بالإجازة يصح وزول الفساد وبه علم أنه الموقوف على الإجازة صحته فصح كونه فاسداً موقوفاً وظهر أن الموقوف منه فاسد كبيع المكروه ومنه صحيح كبيع عبد أو صبي محجورين وأمثلته كثيرة ستأتى فى باب بيع الفضولى والحاصل أن الموقوف مطلقاً بيع حقيقة والفساد بيع أيضاً وإن توقف حكمه وهو الملك على القبض فلا يناسب ذكر التراضى فى التعريف ولذا قال فى الفتح إن التراضى ليس جزء مفهوم البيع الشرعى بل شرط ثبوت حكمه شرعاً أى لأنه لو كان جزء مفهومه شرعاً لزم أن يكون بيع المكروه باطلاً وليس كذلك بل هو فاسد كما علمت والتعريف شامل للفساد يسائر أنواعه كما ذكره فى التهر لأنه بيع حقيقة وإن توقف حكمه على القبض فالقييد بالتراضى لإخراج بعض الفاسد وهو بيع المكروه غير مرض » .

(٣) جاء فى حاشية ألوانى على الدرر شرح الدرر للتلاخسرو (باب الإكراه) مخطوط رقم =

كذلك يتفق بيع المكره مع العقد الموقوف ، في انقطاع حق العاقد غير المكره وهو المشتري في الفسخ بعد القبض فيلزمه البيع إذا قبض المبيع ، لأن رضاه لم يفت إذ لم يشبه إكراه والذي فات هو رضا البائع ، ولذلك يملك الفسخ بعد القبض ، كما يملك الإجازة . أما في البيع الفاسد لغير الإكراه فيحق لكل من العاقدين فسخه حتى بعد القبض ، ولا ينقطع حق الفسخ إلا بتصرف المشتري أو بتغيير المبيع .

ويتفق أيضاً بيع المكره مع العقد الموقوف في أنه إذا تصرف المشتري في المبيع تصرفاً قابلاً للفسخ لم ينقطع حق البائع في الفسخ ، فإذا ما فسخ استرد المبيع من أي يد مهما تداولته الأيدي . أما في البيع الفاسد لغير الإكراه ففيه إذا تصرف المشتري في المبيع انقطع حق البائع في الفسخ ، لأن الفسخ كان بسبب الجهالة أو الربا أو غير ذلك ، وقد زال ذلك بتصرف المشتري فيبطل حق الفسخ^(١) .

== ١١٤٢ بدار الكتب المصرية ورقة رقم ١٤٢ : « إن قيل إن كان بيع المكره فاسداً لم يصح بإجازة المالك قلنا : لبيع المكره شبهان : شبهه بالبيع الموقوف وشبهه بالبيع الفاسد ، فمن حيث أنه يشبه البيع الموقوف أنه يصح بإجازة المالك ومن حيث أنه يشبه الفاسد يفيد الملك بالقبض عملاً بالشبهين ، وإن قبض الثمن أو سلم المبيع مكرهاً لا ينفذ » .

(١) انظر في إيراد أوجه الاتفاق المذكورة المعاملات الشرعية الإسلامية للأستاذ أحمد أبي الفتح ص ١٧٦ طبعة ١٣٢٢ هـ / ١٩١٤ م . وجاء في بحث الإكراه لأستاذنا محمد زكريا البرديسي ص ٧٨٢ المنشور بمجلة القانون والاقتصاد في بيان التفرقة بين العقد الفاسد بسبب الإكراه وبسبب غيره كالربا : « إن الفساد يسبب الربا إنما هو لحق الله تعالى حيث قد اشتمل العقد على الزيادة المشروطة التراضي عليها بلا عوض وقد نهى عنها الشارع . فالفساد في بيع الربا لنهى الشارع عن الزيادة الموجودة في أحد العوضين المتحددين في الجنس ، فإذا تصرف المشتري بعد القبض في المبيع الذى لحقه الربا لآخر تعلق به حق المشتري الجديد وقبل ذلك تعلق به حق الله فينفذ التصرف في هذه الحالة لأن حق العبد مقدم على حق الله لاستثناء الله واحتياج العبد . وأما الفساد في البيع بسبب الإكراه فذلك لحق العبد محافظة على إرادته ورضاه حتى لا يلزم بما لا يرضى الالتزام به من المعاملات ، فإذا ما تصرف المشتري في العين المبيعة المكره على بيعها تعلق بها حق العاقد الجديد فيتعارض حقه الذى يقتضى تهاذ البيع مع حق المكره الذى يقتضى الفساد وها حقان متساويان فيرجح حق المكره لأولويته بملكه فلا ينفذ التصرف والمكره حق استرداد المبيع » .

وبالرغم من أن كلا من العقد الموقوف وبيع المكره يتفقان في المسائل المتقدمة، إلا أنه لا يمكن القول مع هذا بأن بيع المكره فاسد موقوف لأن معنى ذلك أن يكون للعقد وصفان في وقت واحد وهذا غير صحيح لأن العقد إما موقوف وإما فاسد، فلكل منهما مجال مستقل عن الآخر فلا يجب الخلط بينهما.

وذهب المالكية إلى أن تصرف المكره بالبيع ينعقد غير لازم، فيكون للعاقدة المكره الخيار بين فسخ العقد أو إمضائه^(١).

وقد ورد في بعض النصوص ما يفيد أن تصرف المكره بالبيع ونحوه يعتبر باطلا^(٢).

وذهب الشافعية إلى أن تصرف المكره بالبيع ينعقد باطلا، فلا إكراه يعدم الرضا ويضاد الاختيار الصحيح المعتبر شرعاً، والتصرف لا ينعقد إلا بكلام يصدر عن قصد واختيار معتبر شرعاً. فلا إكراه يبطل التصرف والباطل والفساد عندهم سواء^(٣).

(١) جاء في شرح القرشي على متن خليل ج ٥ ص ١٠ : « والمعنى أن شرط لزوم البيع أن يصدر من مكلف وهو الرشيد الطائم فإن صدر من غيره كصبي أو سفیه أو مكره لم يلزم ... وسواء علم المشتري بأنه مكره أم لا » .

وفي حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ٣ ص ٦ : « وأما الإكراه على البيع فهو غير لازم ويرد المبيع إن شاء البائث بالثمن قولاً واحداً » . وفي شرح الزرقاني وبهامشه حاشية البناني ج ٥ ص ٨ — ٩ : « الإكراه على البيع يصح ولا يلزم في الجبر على البيع إجماعاً ولا على سببه لقوله تعالى : « لا أن تكون تجارة عن تراض منكم » . وقوله صلى الله عليه وسلم : « لا يمل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه » .

(٢) جاء في القوانين الفقهية لابن جزيء ص ٢٣٨ : « الثالث (من شروط البيع) أن يكونا طائعين فإن بيع المكره وشراؤه باطلان ، وإذا أكره الرجل على غرم مال بغير حق فيباع فيه شيء من ماله لم يميز البيع » .

(٣) جاء في المجموع شرح المذهب ج ٩ ص ١٥٨ : « فأما المكره فإن كان الإكراه بغير حق لم يصح بيعه لقوله تعالى : « لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة »

ويتفق مع الشافعية الحنابلة ، فقد ذهبوا إلى القول ببطلان تصرف المكره وهذا هو المذهب عندهم ، على أن هناك قولاً في المذهب بأنه ينبغي نافذاً غير لازم^(١) .

ويقرر الشيعة الزيدية أيضاً أن تصرف المكره بالبيع ونحوه يعتبر باطلاً ، إذا كان الإكراه بغير حق فإن كان بحق فلا يبطل ، غير أنهم يقولون باحتمال ورود الإجازة على تصرف المكره إذا أجازته مختاراً وهو في هذه الحالة يشبه التصرف الموقوف^(٢) .

ونحن نخلص بما تقدم أن هناك آراء ثلاثة في حكم بيع المكره في الفقه الإسلامي :

١ — رأى يقول بالبطلان وإلى هذا جنتح الشافعية والحنابلة والمالكية على رأى في المذهب .

عن تراض منكم . - وروى أبو سعيد الخدري أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « إنما البيع عن تراض » فدل على أنه لا يبيع عن غير تراض ولأنه يبيع أكره عليه بغير حق فلم يصح . وفي نفس المرجع ج ٩ ص ١٥٩ : « فالتصرفات التي يكره عليها بغير حق باطلة سواء الردة والبيع والإجازة وسائر المعاملات والنكاح والخلع والطلاق والإعتاق وغيرها . وأما ما أكره عليه بحق فهو صحيح » . وفي نهاية المحتاج للرملي ج ٥ ص ٧١ — ٧٢ : « ولا يصح إقرار مكره بما أكره عليه بغير حق » لقوله تعالى : « إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان » . فقد جعل الإكراه مستقلاً لحكم الكفر فبالأولى ما سواه كأن ضرب ليقر » .

(١) جاء في الإنصاف للمرادوي ج ٤ ص ٢٦٥ : « فإن كان أحدهما مكرهاً لم يصح هذا البيع هذا هو المذهب بشرطه وعليه الأصحاب ، وقال في الفائق ويحتمل الصحة وثبوت الخيار عند زوال الإكراه » . وفي كتاب نيل المآرب بشرح دليل الطالب ص ٩٩ : « لا يصح بيع المكره بغير حق » .

(٢) جاء في كتاب المنتزع المختار في فقه الشيعة الزيدية ج ٣ ص ٣ (كتاب البيع) : « أن يصدر الإيجاب من مختار فلا يشترط من المكره سواء باع أم اشترى من المكره أم من غيره وسواء باع بقيته أم بأقل إلا أن يكره بحق كأن يكرهه الحاكم على البيع للدين ونحو ذلك ... ولو أجاز ما باعه في حال الإكراه مختاراً احتمل أن تصح إجازته لأنه كالوقوف واحتمل أن لا تلحقه الإجازة » .

- ٢ — رأى يقول بالوقف وإلى هذا ذهب زفر من الخنفية .
٣ — رأى يقول بالفساد وإلى هذا ذهب الإمام أبو حنيفة وصاحبا
أبو يوسف ومحمد .

أول الرأى الأول :

احتجوا على القول بالبطلان بالنص وبالمعقول .

١ — النص : احتجوا بالقرآن وبالسنة .

(١) القرآن : استدلوا بقوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا
أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراضٍ منكم »^(١) . ووجه
الدلالة أن هذا النص عام فلفظ التجارة يشمل البيع وغيره من المعاملات
المالية ، فإذا كان البيع قد تم بالإكراه فإن العقد يكون غير صحيح ، لأن
الإكراه يعدم الرضا فلا يستتبع العقد أثره .

(ب) السنة : استدلوا من السنة بما روى أبو سعيد الخدرى من أن النبي
صلى الله عليه وسلم قال : « إنما البيع عن تراض »^(٢) .

ووجه الدلالة على بطلان بيع المسكره من هذا الحديث أنه لا بيع عن
غير تراض ، ولما كان الإكراه يعدم الرضا فيكون البيع غير صحيح .

٢ — المعقول :

قاس الجمهور بيع المسكره على بيع الهازل بجامع أن كل منهما لا يقصد
معنى البيع ، فكما أن بيع الهازل يعتبر باطلا ، فكذلك بيع المسكره فلا يفيد

(١) سورة النساء آية ٢٩ ج ٥ ، وانظر في إيراد هذا الدليل المجموع شرح المذهب ج ٩
ص ١٥٨ .

(٢) انظر في تخریج هذا الحديث ابن ماجه في سننه ج ٢ ص ١٥ .

العقد المالك ولو بعد القبض ، ولا ينقلب صحيحاً بإجازة المكره بعد زوال حالة الإكراه .

ويناقش هذا بأن قياس بيع المكره على بيع الهازل قياس مع الفارق ، فالهازل مختار للفظ ولكنه لا يريد الحكم ، أما المكره فغير مختار في التكلم ، أى ليس له اختيار صحيح معتبر شرعاً ، والإكراه يضاد الاختيار ، كما أن الهازل ضد الجاد ، أما المكره فهو يتكلم بالجد لأنه يجيب إلى ما دعى إليه ، ولكنه غير راض بحكمه^(١) . هذا فضلاً عن أن حكم الأصل وهو بيع الهازل غير متفق عليه ومن ثم فإن القياس يكون غير صحيح .

دليل الرأى الثانى :

احتج القائلون بالوقف بالقياس على بيع الفضولى ، فيقولون بيع المكره كبيع الفضولى ، فكما أن بيع الفضولى يتوقف على إجازة المالك فكذلك بيع المكره .

فالرضا شرط فى صحة العقد لافى انعقاده ، حتى لو أجاز المكره ما أكره عليه بعد زوال الإكراه أصبح العقد صحيحاً ، وقبل الإجازة لا يصح العقد ، ولا يفيد المالك ولو قبض المشتري المبيع المكره على بيعه^(٢) .

وبالإمعان فى هذا القياس والتأمل فيه ، نجد قياساً مع الفارق فالبيع من الفضولى صادر من أهله ومضاف إلى محله ، غير أنه قد تصرف فى مال ليس مملوكاً له ، أما المكره على بيعه فمملوك للمكره فهناك فرق بين البيعين . هذا بالإضافة إلى أن حكم الأصل غير متفق عليه ، فيكون القياس غير صحيح .

(١) البسوط للسرخسى ج ٢٤ ص ٥٨ ، وانظر فى بيان ذلك بحث الإكراه للأستاذ محمد زكريا البرديسى ص ٧٨٦ .

(٢) بحث الإكراه السابق ص ٧٨٦ .

دليل الرأي الثالث :

احتج من قالوا بالفساد بأن ركن البيع حالة الإكراه وهو المبادلة صدر من أهله وهو المكلف ، وأضيف إلى محله وهو المال المملوك للبائع ، إلا أن الرضا مشوب بعيب الإكراه فيفسد العقد ، لأن الرضا شرط جواز العقد ، وتأثير فوات شرط الجواز يكون في إفساد العقد كما في بيع الربا^(١) ، فإن المساواة في الأموال الربوية شرط جواز العقد ، فكما إذا انعدمت المساواة في الأموال الربوية يفسد العقد لفوات شرط الجواز فكذلك إذا كان الرضا معيباً يفسد البيع لفوات شرط الجواز وهو الرضا .

ونحن إذا أمعنا النظر في قياس بيع المكروه على بيع الربا ، وجدنا أن العاقد في البيع حالة الإكراه غير راض بالسبب وهو البيع ولا بالحكم المترتب عليه وهو نقل الملكية .

أما العاقد في بيع الربا فهو راض بالسبب وبالحكم المترتب عليه . فلا تساوى بين المقيس والمقيس عليه فلا يصح القياس ، إذ هو قياس مع الفارق^(٢) .

وبالنظر في الآراء الثلاثة السابقة وأدلتها وما ورد عليها من مناقشات ، فإنه يترجح لنا الرأي القائل بالوقف ، لأن فيه حماية للعاقد المكروه وذلك بوقف نفاذ التصرف الصادر منه على إجازته بعد أن تزول حالة الإكراه ..

(١) بيع الربا مثل أن تباع أردباً من القمح بإردب وربع من القمح ، وهكذا في بيع كل متجانسين يزيد أحدهما على الآخر ، فهذا بيع فاسد فإن تساوى الجنسان ولم يزد أحدهما على الآخر فالبيع صحيح .

(٢) بحث الإكراه المذكور ص ٧٨٧ .

المطلب الثانى

تصرف المكره بالبيع فى القارن

نصت المادة ١٢٧ من التقنين المدنى المصرى الحالى على ما يأتى :

« ١ — يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بعثها المتعاقد الآخر فى نفسه دون حق وكانت قائمة على أساس .

٢ — وتكون الرهبة قائمة على أساس إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذى يدعيها أن خطراً جسيماً محدقاً يهدده هو أو غيره فى النفس أو الجسم أو الشرف أو المال .

٣ — ويراعى فى تقدير الإكراه جنس من وقع عليه هذا الإكراه وسنه وحالته الاجتماعية والصحية وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر فى جسامته الإكراه . »

ونصت المادة ١٢٨ على أنه : « إذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين فليس للمتعاقد المكره أن يطلب إبطال العقد ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتماً أن يعلم بهذا الإكراه . »

فالإكراه سواء صدر من المتعاقد الآخر أو من أجنبي عن العقد يفسد الإرادة ويعيبها ، فإذا صدر من المتعاقد الآخر جعل العقد قابلاً للإبطال لمصلحة المتعاقد الذى وقع عليه الإكراه ، أما إذا صدر من أجنبي فيشترط لإبطال العقد أن يثبت المتعاقد الذى وقع عليه الإكراه أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتماً أن يعلم بهذا الإكراه .

وبيان ذلك أن الإكراه إذا صدر من الغير ، ولم يكن المتعاقد الآخر يعلم به واختار المتعاقد الذى وقع عليه الإكراه إبطال العقد فإنه يصح للمتعاقد حسن النية أن يطالبه بالتعويض ، وخير تعويض هنا هو استبقاء

العقد صحيحاً ، ويلاحظ أن الإكراه في هذه الحالة إذ لم ينتج أثره كعيب من عيوب الإرادة فإنه ينتج أثره كعمل غير مشروع ، ويكون المتعاقد الذي وقع عليه الإكراه أن يطالب الغير الذي صدر منه الإكراه بتعويض ما أصابه من الضرر .

وقد يصدر الإكراه لا من أحد المتعاقدين ولا من الغير ، ولكن من ظروف تهيأت مصادفة لا يد لأحد فيها واستغلها المتعاقد لحمل من وقع تحت تأثير هذه الظروف على التعاقد . ومثل ذلك أن يتقدم شخص لإنقاذ آخر من خطر الغرق أو الحريق أو القتل أو غير ذلك ، ويحصل منه قبل إنقاذه على تعهد بإعطائه مقداراً جسيماً من المال ثمناً لهذا الإنقاذ ، فالإرادة في هذه الحالة معيبة والعقد ينعقد قابلاً للإبطال^(١) .

فالقانون قد اعتبر تصرف المكره بالبيع ونحوه قابلاً للإبطال لمصلحة المتعاقد الذي وقع عليه الإكراه .

ونحن نرى الأخذ بفكرة العقد الموقوف من الفقه الإسلامي ، واعتبار تصرف المكره بالبيع موقوفاً على إجازته بعد أن تزول حالة الإكراه ، على نحو ما انتهينا إلى ترجيحه عند بيان آراء الفقهاء ومناقشة أدلتهم . ذلك أن القول بالوقف يحقق للمتعاقد الذي شاب إرادته عيب الإكراه حماية أكثر مما تحققه فكرة العقد القابل للإبطال ، إذ أن الأخير يقتضى أن ينتج العقد أثره حتى يطلب إبطاله من له مصلحة في ذلك . أما في العقد الموقوف فالعقد لا ينتج أثره قبل إجازته ويقف نفاذه في مواجهة العاقدين ، وبالنسبة إلى الغير حتى تزول حالة الإكراه ، ومن ثم فلا يتحقق من جراء الوقف ضرر .

(١) انظر في معنى الإكراه وحقيقته الوسيط للأستاذ الدكتور السهري ج ١ ص ٣٣٤ وما بعدها طبعة ١٩٥٢ م ، ومصادر الحق في الفقه الإسلامي ج ٢ ص ١٩٧ ، وانظر أيضاً مصادر الالتزام للأستاذ الدكتور عبد المنعم فرج الصده ص ٢٠٥ وما بعدها طبعة ١٩٥٨ م .

وبهذا الرأي أخذ المشرع في التقنين المدني العراقي فنصت المادة ١١٥ منه على أن : « من أكره إكراهاً معتبراً بأحد نوعي الإكراه على إبرام عقد لا ينفذ عقده » .

كما نصت المادة ١١٦ على أن : « الزوج ذو شوكة على زوجته فإذا أكرهها بالضرب مثلاً أو منعها عن أهلها لتهب له مهرها فوحيته له لا تنفذ الهبة ولا تبرأ ذمته من المهر » .

فالإكراه في القانون المدني العراقي يجعل العقد موقوفاً على إجازة العاقد المسكوه بعد زوال حالة الإكراه^(١) .

المبحث الثاني

عيوب الإرادة الأخرى غير الإكراه

المطلب الأول

عيوب الإرادة الأخرى غير الإكراه في الشريعة

من العيوب التي تشوب إرادة العاقد في فقه الشريعة الإسلامية غير الإكراه الغلط والتدليس أو التغرير والغبن .

ف فكرة الغلط نجدها في كثير من الخيارات كخيار الوصف وخيار الرؤية وخيار العيب^(٢) . فلن وقع في غلط الحق في إمضاء العقد أو فسخه

(١) انظر في هذا مصادر الالتزام ج ١ ص ١٢٢ في شرح القانون المدني العراقي للدكتور عبد المجيد الحكيم طبعة ١٣٧٩ هـ / ١٩٦٠ .

(٢) جاء في البدائم للكاساني ج ٥ ص ٢٧٤ : « حكم المبيع يبيع هو ثبوت الملك المشتري في المبيع للعالم، ولكنه ملك غير لازم لأن السلامة شرط في العقد دلالة » ، وانظر أيضاً تبين الحقائق للزبلي ج ٤ ص ٧٩ . وانظر في فقه المالكية شرح الحرشي ج ٥ ص ١٩ فقد تمت

ويعتبر العقد غير لازم بالنسبة له . ونجد فكرة التدليس أو التغيرير فيما يسمى بخيار التدليس وذلك كتصيرية اللب في الضرع لزيادة الثمن يثبت معها للمشتري خيار الرد ويكون العقد غير لازم .

ونجد فكرة الغبن فيما يسمى بخيار الغبن؛ ويحق لمن عقد عقداً مع الغبن الفاحش الخيار بين إمضاء العقد أو فسخه ويكون العقد أيضاً غير لازم .

فعيوب الإرادة غير الإكراه حكمها هو عدم اللزوم .

ونحن نرى اعتبار حكم تصرفات من شاب إرادته عيب من هذه العيوب موقوفاً على إجازة صاحب الإرادة المعيبة بعد اكتشاف الغلط أو التدليس أو الغبن ؛ على نحو ما اتفينا إليه من ترجيح الرأى القائل بوقف تصرفات المكروه على إجازته بعد زوال حالة الإكراه . هذا بالإضافة إلى أن العقد الموقوف يتفق مع العقد غير اللازم أو الذى فيه خيار فى عدم إنتاج كل منهما لآثاره فى الحال ، بل يتراخى هذا الأثر إلى حين ورود الإجازة على كل منهما ، أو إلى وقت إسقاط الخيار فى العقد المشتمل على خيار^(١) .

غير أنهما يختلفان : فالعقد الموقوف يمنع من تمام العلة ويمنع كل من خيار الشرط وخيار التعيين من انعقاد الحكم ، ويمنع خيار الرؤية من تمام الحكم ويمنع خيار العيب من لزوم الحكم وقد سبق الإشارة إلى ذلك^(٢) .

ونحن نرى أن ما يتفق فيه كل من العقد الموقوف والعقد غير اللازم أهم مما يختلفان فيه . كما أن الأولى هو أن يوقف العقد حتى يستكمل ما نقصه

== جاء فيه : « بيع الخيار بيم وقف بته على إمضاء يتوقع » . وانظر فى فقه الشافعية نهاية المحتاج ج ٤ ص ٦٩ ، وفى فقه المناجاة المغنى والشرح الكبير ج ٤ ص ٧٩ - ٨٦ ، وفى فقه الشيعة الزيدية البحر الزخار ج ٣ ص ٣٥٢ - ٣٥٣ .

(١) انظر البدائم للكاسانى ج ٥ ص ٢٦٤ .

(٢) انظر فى هذا الباب الأول من القسم الأول من هذه الرسالة تحت عنوان : « الحالات التى تعتبر من قبيل العقد غير اللازم » .

لا أن يقال بنفاذه حتى يطلب إبطاله من له مصلحة في ذلك . ولهذا فإنه قد يكون من الملائم الأخذ بفكرة العقد الموقوف ، حتى يتحد الحكم في عيوب الإرادة جميعها . وبهذا الرأي أخذ المشرع في القانون المدني العراقي ، كما سنرى في المطلب التالي ، فاعتبر العقد الذى شابه غلط أو تغير مع غبن أو إكراه موقوفاً على الإجازة أخذاً بفكرة العقد الموقوف من الفقه الإسلامى فهو بهذا قد وحد الحكم بالنسبة لهذه العيوب جميعاً .

المطلب الثانى

عيوب الإرادة الأخرى غير الإكراه فى القانون

عيوب الإرادة الأخرى غير الإكراه فى فقه القانون ؛ هى الغلط والتدليس والاستغلال ، وهذه العيوب تجعل إرادة العاقد معيبة^(١) بمعنى أن إرادته تكون موجودة ، ولكنها صدرت من شخص على غير بينة من أمره ، كما فى حالة من وقع فى غلط أو تدليس ، أو كان غير حر فى إرادته كما فى حالة الإكراه وقد سبق بيانه ، أو استغلال طيش بين أو هوى جاح فى العاقد يدفعه إلى التعاقد كما فى حالة الاستغلال ، وقد جعل القانون لمن شاب إرادته عيب من هذه العيوب الحق فى أن يطلب إبطال العقد حماية لصاحب الإرادة المعيبة .

وبهذا تتميز الإرادة المعيبة عن الإرادة المدومة إذ الأخيرة لا وجود لها كإرادة المجنون والصبي غير المميز . ولهذا فقد جعل القانون العقد الصادر منهما باطلاً لا وجود له .

وقد نص المشرع فى التقنين المدنى المصرى الحالى على حكم الغلط فى

(١) انظر فى هذا المادة ١١٠٩ من التقنين المدنى الفرنسى حيث أوضحت أن الإرادة تكون معيبة إذا شابها غلط أو تدليس أو إكراه .

المادة ١٢٠ منه فقال : « إذا وقع المتعاقد في غلط جوهرى جاز له أن يطلب إبطال العقد إن كان المتعاقد الآخر قد وقع مثله في الغلط أو كان على علم به . أو كان من السهل عليه أن يتبينه » .

ونص على حكم التدليس في المادة ١٢٥ بقوله :

« ١ — يجوز لإبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو نائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد .

٢ — ويعتبر تدليساً السكوت عمداً عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة » .

ونصت المادة ١٢٦ على أنه : « إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين . فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب إبطال العقد ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتماً أن يعلم بهذا التدليس » .

ونصت على الاستغلال المادة ١٢٩/١ بقولها : « إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لاتتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر ، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً يئناً أو هوى . جامعاً جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد » .

هذا هو حكم كل من العقد الذى شابه غلط أو تدليس أو استغلال في فقه القانون المدنى المصرى الحالى .

أما المشرع فى التقنين المدنى العراقى فقد أخذ بفكرة العقد الموقوف من .

الفقه الإسلامى واعتبر العقد الذى شابه غلط أو تغرير مع غبن موقوفاً على الإجازة كما فعل بالنسبة للإكراه على النحو الذى سلف بيانه .

وفيما يتعلق بالغلط نصت المادة ١١٧ من هذا التقنين^(١) على أنه :

١ — إذا وقع غلط فى محل العقد وكان مسمى ومشار إليه فإن اختلف المجلس تعلق العقد بالمسمى وبطل لانعدامه وإن اتحد المجلس واختلف الوصف فإن كان الوصف مرغوباً فيه تعلق العقد بالمشار إليه وينعقد لوجوده إلا أنه يكون موقوفاً على إجازة العاقد .

٢ — فإذا بيع هذا الفص على أنه ياقوت فإذا هو زجاج بطل البيع ، ولو بيع هذا الفص ليلاً على أنه ياقوت أحمر فظهر أصفر أو بيعت البقرة على أنها حلوب فظهرت غير حلوب يكون البيع موقوفاً على إجازة المشتري .

ونصت المادة ١١٨ على أنه : « لا عبرة بالظن البين خطؤه فلا ينفذ العقد :

١ — إذا وقع غلط فى صفة للشيء تكون جوهرية فى نظر المتعاقدين أو يجب اعتبارها كذلك للظروف التى تم فيها العقد ، ولما ينبغى فى التعامل من حسن النية .

٢ — إذا وقع غلط فى ذات المتعاقد أو فى صفة من صفاته وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الوحيد أو السبب الرئيسى فى التعاقد .

٣ — إذا وقع غلط فى أمور تبيح نزاهة المعاملات للمتعاقد الذى يتمسك بالغلط أن يعتبرها عناصر ضرورية للتعاقد .

وفيما يتعلق بالتغرير مع الغبن نصت المادة ١٢١ من هذا التقنين على أنه :

« إذا غرر أحد المتعاقدين بالآخر وتحقق أن فى العقد غبناً كان العقد

(١) يقابل هذا النص ما نصت عليه المادة ٣٠١ من مرشد الحيران لقدرى باشا .

موقوفاً على إجازة العاقد المغبون . فإذا مات من غرر بغبن فاحش تلتقل دعوى التغيرير لو ارثته ... » .

ونصت المادة ١٢٢ على أنه : « إذا صدر التغيرير من غير العاقدين فلا يتوقف العقد إلا إذا ثبت للعاقد المغبون أن العاقد الآخر كان يعلم أو كان من السهل عليه أن يعلم بهذا التغيرير وقت إبرام العقد » .

فالمشرع في التقنين المدني العراقي لم يعتبر العقد موقوفاً لمجرد التغيرير بل لابد أن ينشأ عنه غبن فاحش ، وكان المتعاقد الآخر على علم بالتغيرير ، أو كان من السهل عليه أن يعلم به ^(١) . وعلى هذا نصت المادة ١٢٤ من هذا التقنين فقالت :

« ١ - مجرد الغبن لا يمنع من نفاذ العقد ما دام الغبن لم يصحبه تغيرير .

٢ - على أنه إذا كان الغبن فاحشاً وكان المغبون محجوراً وكان المال الذي حصل فيه للغبن مال الدولة أو الوقف كان العقد باطلاً » .

ونحن نميل إلى ما ذهب إليه المشرع في هذا التقنين ، وحجذا لو أخذ المشرع في تقنيننا المدني المصري بفكرة العقد الموقوف ، لمواجهة عيوب الإرادة على غرارها ؛ فهي أكثر ملاءمة لمواجهة هذه العيوب من فكرة العقد القابل للإبطال ، لما تحققه من حماية أكثر ، بالنسبة للمتعاقدين وبالنسبة إلى الغير .

(١) انظر في هذا مصادر الالتزام في القانون المدني العراقي للدكتور عبد المجيد الحكيم ج ١ ص ١٥٥ طبعة ١٣٧٩ هـ / ١٩٦٠ م .

الباب الثالث

التصرف فيما تعلق به حق الغير

نمير :

قد يتعلق بالشئ المتصرف فيه حق للغير، وذلك كتصرف الموصى الضار بالورثة، وكتصرف المدين المحجور عليه الضار بمصلحة الغرماء وكبيع العين المرهونة لتعلق حق المرتهن بها أو العين المستأجرة لتعلق حق المستأجر بها، وكالتصرف في الحصة الشائعة بالبيع إضراراً بالشريك أو بسائر الشركاء الآخرين إذا كانت الشركة بالخلط والاختلاط، وتم التصرف دون موافقة هذا الشريك أو سائر الشركاء الآخرين .

فما حكم التصرف في هذه الحالات وهل ينعقد موقفاً على الإجازة أم باطلا . هذا ما نوضحه فيما يلي :

الفصل الأول

تصرف الموصى لوارث أو لغير وارث

المبحث الأول

تصرف الموصى لوارث أو لغير وارث في الشريعة

الموصى له إما أن يكون وارثاً للموصى وإما أن يكون غير وارث،
والقدر الموصى به قد يكون أقل من الثلث، وقد يكون مساوياً له، وقد يكون
أكثر منه، فما حكم تصرف الموصى للوارث أو لغير الوارث. هذا ما نخصص
له المطلبين الآتين:

المطلب الأول

الوصية للوارث

ذهب المالكية (١) والحنابلة (٢) والشافعية في أحد القولين

(١) جاء في حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ٤ ص ٤٤٠ : « تبطل الوصية
للوارث ولغير الوارث بزائد عن الثلث وإن أجزى ما أوصى به للوارث أو الزائد على الثلث
أى أجازته الورثة فعطية منهم أى ابتداء عطية لا تنفيذ لوصية الموصى فلا بد من قبول الموصى له
وحيازته قبل حصول مانع للمعيز وأن يكون المعيز من أهل التبرع » .

(٢) جاء في المغني لابن قدامة ج ٦ ص ٥ - ٦ طبعة ١٣٦٧ هـ : « إذا أوصى الإنسان
لوارث بوصية فلم يجزها سائر الورثة لم تصح بغير خلاف بين العلماء .. فروى أبو أمامة قال :
سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « إن الله قد أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية
لوارث » . رواه أبو داود وابن ماجه والترمذى ولأن النبي صلى الله عليه وسلم من من من عطية
بعض ولده وتفضيل بعضهم على بعض في حال الصحة وقوة الملك ولما كان تلافى العدل بينهم بإعطاء
الذى لم يعطه بعد ذلك لا فيه من إيقاع العداوة والحسد بينهم ... وإن أجازها جازت في قول »

عندهم^(١)، كما ذهب الظاهرية^(٢) إلى أن الوصية للوارث باطلة، وإن أجاز الورثة ما أوصى به للوارث فإن هذه الإجازة تعتبر عطية منهم وليست تنفيذاً لوصية الموصى فلا بد من قبول الموصى له، وأن يكون المجيز من أهل التبرع.

وذهب الحنفية^(٣) كما ذهب المالكية^(٤) والشافعية^(٥) والحنابلة^(٦) في

== الجمهور من العلماء وقال بعض أصحابنا الوصية باطلة وإن أجازها سائر الورثة إلا أن يعطوه عطية مبتدأة،.. لقول النبي صلى الله عليه وسلم : « لا وصية لوارث »... والخبر قد روى فيه « إلا أن يجيز الورثة » والاستثناء من النبي لإثبات فيكون ذلك دليلاً على صحة الوصية عند الإجازة... وفائدة الخلاف أن الوصية إذا كانت صحيحة فإجازة الورثة تنفيذ وإجازة محضة يكفي فيها قول الوارث أجزت أو أمضيت... وإن كانت باطلة كانت الإجازة هبة مبتدأة تفتقر إلى شروط الهبة ».

(١) جاء في الوجيز للامام النزالي ج ١ ص ٢٧٠ - ٢٧١ : « وأما الوارث فلا وصية له لقوله صلى الله عليه وسلم : « ألا لا وصية لوارث » . وإن أجاز الوارث وصية الوارث، والقاتل ووصية الأجنبي بما زاد على الثلث نفذت في أصح القولين وكانت تنفيذاً أو إمضاء وفي القول الثاني هو ابتداء عطية من الورثة ».

(٢) جاء في المحلى لابن حزم ج ٩ ص ٣١٦ طبعة ١٣٥١ هـ : « لا تحمل الوصية لوارث أصلاً فإن أوصى لغير وارث ثم صار وارثاً عند موت الموصى بطلت الوصية وإن أوصى لوارث ثم صار غير وارث لم تجز الوصية لأنها حين عقدها كانت باطلة وسواء أجاز الورثة الوصية أم لم يجزوها لأن الرسول صلى الله عليه وسلم قال « لا وصية لوارث » ومن ثم فليس للورثة أن يجزوها ما أبطله الله تعالى على لسان رسوله صلى الله عليه وسلم إلا أن يكون ذلك منهم هبة مبتدأة من عند أنفسهم... وأما حديث « لا تجوز الوصية لوارث إلا أن يشاء الورثة فهذا حديث مرسل ».

(٣) انظر لحنفية تكملة فتح القدير ج ٨ ص ٤٢٨ الطبعة الأولى ١٣١٨ هـ والعناية للباقر في نفس الموضع، وابن عابدين ج ٥ ص ٤٣٠، والبدائم ج ٧ ص ٣٧٠.

(٤) انظر في فقه المالكية حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ٤ ص ٤٤٠.

(٥) انظر نهاية المحتاج ج ٦ ص ٤٨ فقد جاء فيه : « وتنصح الوصية للوارث وإن أجازها باقي الورثة وإجازتهم تنفيذ لا ابتداء عطية » . وانظر الوجيز للنزالي ج ١ ص ٢٧٠.

(٦) انظر للحنابلة المنفى لابن قدامة ج ٦ ص ٥ - ٦.

القول الآخر عندهم وكذا الشيعة الزيدية^(١) إلى أن الوصية للوارث تنعقد صحيحة موقوفة على إجازة الورثة ولو كانت بالقليل . فإن أجازوها نفذت وثبت بها للوارث الموصى له في التركة ما أوجبه له من حق ، لأن الامتناع لحق الورثة ، فإذا أجازوا فقد زال المانع ، وإن رفضوها بطلت ولم يكن لها أثر ، ولم يترتب عليها في التركة حق ، وإن أجازها بعضهم ورفضها الآخرون نفذت في حصة من أجاز منهم وبطلت في حصة من لم يجز ، ولا عبرة بإجازتها ورفضها قبل وفاة الموصى .

وذهب الشيعة الزيدية في الرواية الأخرى وكذا الشيعة الإمامية إلى أن الوصية للوارث كالوصية للأجنبي تصح وتنفذ في حدود الثلث من غير توقف على إجازة الورثة^(٢) .

ومن ثم فإنه يتلخص لنا أن هناك آراء ثلاثة في حكم الوصية للوارث :

١ — رأى يقول بالبطلان وإلى هذا جنح المالكية والحنابلة والشافعية في أحد القولين عندهم كما وافقهم في هذا أهل الظاهر .

٢ — رأى يقول بالوقف وإلى هذا ذهب الحنفية ، وكذا المالكية والحنابلة والشافعية والزيدية في القول الآخر عندهم .

(١) انظر للشيعة الزيدية المنتزع المختار ج ٤ ص ٤٧٦ .

(٢) انظر في فقه الشيعة الزيدية البحر الزخار ج ٥ ص ٣٠٨ ، ص ٣٢٨ وفي فقه الشيعة الإمامية المختصر النافع ص ١٦٣ فقد جاء فيه : « وتصح الوصية للوارث كما تصح للأجنبي ويعتبر ما يوصى به بعد خروجه من الثلث » . وفي نفس الموضع : « ويوصى بالثلث فأنقص ولو أوصى بزيادة عن الثلث صح في الثلث وبطل الزائد » .

وجاء في المذكرة الإيضاحية لشرح قانون الوصية المصري الحالي رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ م مانصه : « صحة الوصية للوارث وتفاضها فيما لا يزيد على الثلث يؤخذ من الآية الكريمة : « كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقاً على المتقين » . وهو رأى فريق من المفسرين منهم أبو مسلم الأصفهاني كما قال به فريق من الفقهاء من غير المذاهب الأربعة واختير القول بجواز الوصية للوارث لحاجة الناس إليها » .

٣ — رأى يقول بنفاذ الوصية للوارث في حدود الثلث من غير توقف على إجازة الورثة، وإلى هذا جرح الشيعة الزيدية في الرواية الأخرى عندهم، وكذا الشيعة الإمامية .

١ — دليل القائلين بالبطلان

استدلوا بالمنقول وبالمعقول :

١ — أما استدلالهم بالمنقول فقولهم صلى الله عليه وسلم : « لا وصية لوارث، (١) . وقالوا إن معنى هذا الحديث لا وصية صحيحة ، فالنفي لا ينصب على وجودها وإمكانه ، وإنما ينصب على الصحة (٢) .

وبناقش هذا المنقول ، بأن هذا الحديث قد ورد في بعض الروايات عن ابن عباس كالتى : « لا تجوز الوصية لوارث إلا أن يشاء الورثة » (٣) . ووجه دلالة الحديث الأخير أن الوصية للوارث تجوز وتصح بإجازة الورثة فإذا أجازوا الوصية نفذت وإلا بطلت . ومن ثم فإنه يسقط الاستدلال بالحديث الأول لوجود ما يعارضه .

٢ — وأما استدلالهم بالمعقول فقد قالوا إن الوصية للوارث تثير الحفيظة في نفوس باقى الورثة وإثارة بعضهم فيه حيف ، والرسول عليه

(١) انظر فى هذا نصب الراية ج ٤ ص ٤٠٣ .

(٢) جاء فى كتاب نيل الأوطار للشوكانى ج ٦ ص ٣٥ فى شرح هذا الحديث : « النفي إما أن يتوجه إلى القات والمراد لا وصية شرعية وإما إلى ما هو أقرب إلى القات وهو الصحة وبعد توجيهه إلى السكالم لأنه أبعد المجازين » .

(٣) جاء فى نيل الأوطار ج ٦ ص ٣٤ : « روى عن ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « لا تجوز وصية لوارث إلا أن يشاء الورثة » . وجاء فى نفس المرجع توضيحاً لهذا الحديث .. « لكن إذا رضيت الورثة كانت الوصية صحيحة لحديث عمرو بن شعيب : « لا وصية لوارث إلا أن يجيزها الورثة » .

السلام يقول : « الحيف في الوصية من أكبر الكبائر »^(١) . وفسروا الحيف بالوصية للوارث وبأكثر من الثلث . وإذا أجاز الورثة الوصية وقبلها الموصى له تكون هبة مبتدأة منهم تأخذ حكم الهبة ويكون هذا الشرط شرطاً لصحة الوصية لا شرطاً لنفاذها^(٢) .

ويناقش هذا بأن تصرف الموصى بالوصية للوارث ، إنما هو تصرف صادر من أهله مضاف إلى محله ، غير أنه قد تعلق به حق للغير — وهو هنا الورثة — وتعلق حق الغير بالتصرف لا يقتضي البطلان ، وإنما يقتضي وقف نفاذه على إجازة من تعلق التصرف بحقه ، فإذا أجازته نفذ ، وإن لم يحزه بطل . وبهذا يمكن القول بأنه انتفاء لدرء هذه المفساد ، ومنعاً لهذه الأضرار يقال بالتوقف على إجازة الورثة لأن الامتناع من نفاذ الوصية كان لحقهم ، فإذا أسقطوا حقهم بالإجازة صححت الوصية ونفذت ، ومن ثم فالقول بالوقف يهدف إلى حمايتهم ومنع الإضرار بهم .

٢ — دليل القائلين بالوقف

استدلوا بقوله صلى الله عليه وسلم : « لا وصية لوارث إلا أن يشاء الورثة »^(٣) . ووجه الدلالة من هذا الحديث أن تصرف الموصى بالوصية للوارث ينعقد صحيحاً موقوفاً على إجازة باقي الورثة ، فإذا أجازوا صححت الوصية ونفذت وإن لم يحيزوها بطلت ، لأن الامتناع كان لحقهم فإذا أجازوا فقد زال المانع من النفاذ .

(١) انظر نصاب الراية ج ٤ ص ٤٠١ .

(٢) انظر في بيان ذلك الوصايا في الفقه الإسلامي لأستاذنا محمد سلام مذكور ص ٣٤٠ طبعة ١٩٥٨ م والبراث والوصية في الإسلام لأستاذنا محمد زكريا البرديسي ص ١١٣ .

(٣) انظر في تفريج هذا الحديث فتح الباري بشرح صحيح البخاري لأحمد بن علي بن محمد بن حجر العسقلاني طبعة ١٣٤٨ هـ ج ٥ ص ٣٨٦ ، وانظر أيضاً الموطأ وشرح الزرقاني عليه ج ٤ ص ٦٨ — ٧٠ طبعة ١٣٥٥ هـ — ١٩٣٦ م .

٣ — دليل القائلين بالنفاذ

استدلوا بالقرآن وبالسنة :

١ — القرآن : استدلوا بقوله تعالى : « كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقاً على المتقين » (١) .

ووجه الدلالة من هذه الآية ، أن الشارع قد أعطى المورث حق التصرف في ماله يضعه كيف شاء ، فمن حقه أن يعطيه لمن يريد صلته وبره أجنبياً كان أو وارثاً ، وينفذ هذا دون توقف على إجازة من أحد . وقد نوقش ذلك بأن هذه الآية منسوخة بآية الفرائض وبحديث : « لا وصية لوارث » . وهذا ما رجحه القرطبي ، فذهب إلى أن آية الفرائض لم تستقل بلسخ هذه الآية بل بالحديث المذكور ، ولولا هذا الحديث لأمكن الجمع بين الآيتين (٢) . ويناقش هذا بأن معنى قوله تعالى : « كتب عليكم » أى فرض ، وأن حديث « لا وصية لوارث » إنما يفيد نفي الوجوب لا نفي الجواز (٣) . فتبقى الوصية صحيحة نافذة مادامت في حدود الثلث دون توقف على إجازة أحد من الورثة .

٢ — السنة : استدلوا بحديث سعد بن أبي وقاص وقد استشار النبي في مقدار ما يوصى به فقال النبي صلى الله عليه وسلم : « الثلث والثلث كثير إنك إن نذر ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس » (٤) .

(١) سورة البقرة آية ١٨٠ ج ٢ ، وانظر في بيان الاستدلال بهذه الآية نيل الأوطار ج ٦ ص ٣٥ طبعة ١٩٤٧ هـ .

(٢) تفسير القرطبي ج ٢ ص ٢٦٢ — ٢٦٣ ، وفتح الباري بشرح صحيح البخاري ج ٥ ص ٣٨٦ — ٣٨٧ .

(٣) المختصر للنافع ص ١٦٣ ، وقد جاء في نيل الأوطار ج ٦ ص ٤١ : « وحكى صاحب البحر عن الهادى والناصر وأبى طالب وأبى العباس أنه تجوز الوصية للوارث ، وقالوا إن حديث : « لا وصية لوارث » إنما يفيد نفي الوجوب لا نفي الجواز » .

(٤) انظر في هذا نصب الراية ج ٤ ص ٤٠١ والموطأ وشرح الزرقاني عليه ج ٤ ص ٦٢ — ٦٦ .

والقول بنفاذ الوصية سواء أكانت لوارث أم لأجنبي في حدود الثلث دون توقف على إجازة الورثة ، هو ما نصت عليه المادة ٣٧ من قانون الوصية المصرى الحالى فى فقرتها الأولى فقالت : « تصح الوصية بالثلث للوارث وغيره وتنفذ من غير إجازة الورثة ، وتصح بما زاد عن الثلث ولا تنفذ فى الزيادة إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصى وكانوا من أهل التبرع عالمين بما يجيزونه » .

وقد كان العمل قبل صدور هذا القانون هو عدم جواز الوصية للوارث فيما قل أو كثر إلا إذا أجازها الورثة الآخرون بعد موت الموصى وكانوا من أهل التبرع . وقد نصت على ذلك المادة ٥٣٦ من مرشد الخيران فقالت : « لا تجوز الوصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة الآخر بعد موت الموصى وهم من أهل التبرع ويعتبر كونه وارثاً أو غير وارث وقت موت الموصى لا وقت الوصية وليس للمجيز أن يرجع فى إجازته وإذا أجازها بعض الورثة وردها البعض جازت على المجيز بقدر حصته وبطلت فى حق غيره » .

وبالنظر فى أدلة كل من القائلين بالبطلان والقائلين بالوقف وكذا القائلين بالنفاذ ، فإنه يترجح لنا الرأى القائل بالوقف ، فهو يحقق الحماية للورثة ويمنع عنهم الضرر ، فلا تنفذ الوصية إلا بإجازتهم ، والضرر طبقاً للبداية الأصولية يجب إزالته وهو ممنوع ، فإذا أجازوا فقد زال المانع من النفاذ .

المطلب الثاني

الوصية للأجنبي

ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية (١) والمالكية (٢) والشافعية (٣) والحنابلة (٤) إلى أن الوصية للأجنبي غير الوارث تصح وتنفذ من ثلث المال اتفاقاً دون حاجة إلى إجازة الورثة .

وقد نصت على هذا المادة ٥٣٧ من مرشد الخيران فقالت : « تجوز الوصية بالثلث للأجنبي عند عدم المانع من غير إجازة الورثة ، ولا تجوز بما زاد على الثلث إلا إذا أجازها الورثة بعد موت الموصي وهم من أهل التبرع ولا عبرة بإجازتهم حال حياته » .

وقد استدل هؤلاء الفقهاء بحديث الرسول صلى الله عليه وسلم حين قال : « إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم في آخر أعماركم زيادة لكم في حسناتكم تضعونها حيث شئتم » (٥) . وحديث سعد بن أبي وقاص حين قال للرسول صلى الله عليه وسلم : أوصى بمالي كله ، قال : لا . قال : فبالثلثين

(١) جاء في الهداية ج ٨ ص ٤١٩ : « وتصح الوصية للأجنبي في الثلث من غير إجازة الورثة لحديث الرسول صلى الله عليه وسلم : « إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم في آخر أعماركم زيادة لكم في أعمالكم تضعونها حيث شئتم » . وانظر أيضاً البدائع للسكاساني ج ٧ ص ٣٧٠ ، ورد المختار لابن عابدين ج ٥ ص ٤٣١ .

(٢) جاء في حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ٤ ص ٣٨٩ : « الوصية لمنما تكون في الثلث لا في زائد عليه ، وللوارث إجازة الوصية للوارث وبزائد الثلث وله ردها » .

(٣) جاء في نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ج ٦ ص ٤٨ طبعة ١٣٥٧ هـ : « الوصية لغير الوارث إذا خرجت من الثلث لا تتوقف على إجازة » . وانظر أيضاً المهذب للشيرازي ج ١ ص ٤٥٥ ، ومنهج الطلاب لذكرى الأنصاري ص ١٩٨ طبعة ١٢٨٥ هـ .

(٤) انظر للحنابلة المغني لابن قدامة ج ٦ ص ١٢ — ١٣ .

(٥) نصب الراية ج ٤ ص ٣٩٩ — ٤٠٠ .

قال : لا . قال : فبالنصف . قال : لا . قال فبالثلث . قال : الثلث والثلث كثير إنك إن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس، (١) .

فدل كل من هذين الحديثين على أنه لا شيء للأجنبي في الزائد على الثلث، وأنها تنفذ من ثلث المال اتفاقاً دون توقف على إجازة الورثة .

وقد اختلف رأى الفقهاء في مقدار الوصية بالزائد على الثلث للأجنبي هل يصح وينفذ إذا أجاز الورثة الوصية أم تقع باطلة حتى وإن أجازوها ؟ انقسم الفقهاء إلى رأيين : رأى يقول بالتوقف على الإجازة ورأى يقول بالبطلان .

١ — القائلون بالتوقف

ذهب إلى القول بانعقاد الوصية في القدر الزائد على الثلث موقوفة على إجازة الورثة إذا كانت لأجنبي، الحنفية (٢) وكذا المالكية (٣) والحنابلة (٤) في إحدى الروايتين عندهما .

وقد استدلوا على ذلك بأن الامتناع في نفاذ الوصية في القدر الزائد على الثلث إنما هو لحق الورثة ، فإذا أسقطوا هذا الحق بالإجازة فإنه ينفذ ولا يبطل ، ولا يعتد بإجازتهم حال حياة الموصى ، لأن ذلك يكون قبل ثبوت الحق ، والحق في الإجازة يثبت لهم عند الموت ، فكان لهم أن يردوه بعد

(١) فتح الباري بفتح صحيح البخارى ج ٥ ص ٣٨١ .

(٢) انظر في فقه الحنفية تكملة فتح القدير ج ٨ ص ٤٧٠ — ٤٧٣ .

(٣) انظر في فقه المالكية حاشية الدسوقي على المرح الكبير ج ٤ ص ٣٨٩ فقد جاء فيه : « الوصية إنما تكون في الثلث لا في زائد عليه وللوارث إجازة الوصية للوارث وبزائد الثلث وله ردها » .

(٤) المغنى لابن قدامة ج ٦ ص ١٣ .

وفاته . أما بعد الموت فليس لهم أن يردوه ، لأن ذلك يكون بعد ثبوت الحق ،
فليس لهم أن يرجعوا عنه لأن الساقط متلاش ، والاستناد لا يظهر إلا في
حق القائم^(١) .

٢ — القائلون بالبطلان

ذهب الشافعية^(٢) والحنابلة^(٣) والمالكية^(٤) في الرواية الأخرى
عندهما وكذا الظاهرية^(٥) إلى أن الوصية للأجنبي فيما زاد على الثلث
تقع باطلة .

وقد استدلوا على القول بالبطلان بحديث سعد بن أبي وقاص سالف
الذكر ، وبحديث الرسول صلى الله عليه وسلم : « الحيف في الوصية من أكبر
الكبائر » . وقد فسروا الحيف بالوصية للوارث وبالزائد على الثلث للأجنبي .

وإذا أجاز الورثة الوصية فيما زاد على الثلث فإن ذلك لا يعتبر تنفيذاً
لوصية الموصي وإجازة لها ، وإنما يعتبر منهم ابتداء عطية ، فلا بد من قبول
الموصى له .

وبالنظر في دليل كل من القائلين بالوقف والقائلين بالبطلان ، فإنه يترجح
لنا دليل الفريق الأول لأنه يحقق الحجة للورثة ويمنع الضرر عنهم .

(١) تكملة فتح القدير ج ٨ ص ٤٢١ — ٤٢٣ .

(٢) جاء في نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ج ٦ ص ٥٣ : « الوصية لغير الوارث فيما
زاد على الثلث تبطل لحديث سعد بن أبي وقاص ... » .

(٣) انظر المغني لابن قدامة ج ٦ ص ١٣ .

(٤) جاء في شرح الحرشي على مختصر خليل ج ٨ ص ٢٠٦ : « تبطل الوصية لغير
وارث بما زاد على الثلث يوم التنفيذ ولا يعتبر يوم الموت » .

(٥) انظر المحلى لابن حزم ج ٩ ص ٣٣٢ طبعة ١٣٥١ هـ .

المبحث الثاني

تعريف الموصى لوارث أو لغير وارث في القانون المدني

نصت المادة ٩١٥ من التقنين المدني المصري الحالي على أنه : « تسرى على الوصية أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة في شأنها ، ^(١) .

ونصت المادة ٩١٦ على ما يأتي :

« ١ — كل عمل قانوني يصدر من شخص في مرض الموت ويكون مقصوداً به التبرع ، يعتبر تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت ، وتسرى عليه أحكام الوصية أيأ كانت التسمية التي تعطى لهذا التصرف ، .

« ٢ — وعلى ورثة من تصرف أن يثبتوا أن العمل القانوني قد صدر من مورثهم وهو في مرض الموت ولهم لإثبات ذلك بجميع الطرق ، ولا يحتاج على الورثة بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً ، .

« ٣ — وإذا أثبت الورثة أن التصرف صدر من مورثهم في مرض الموت اعتبر التصرف صادراً على سبيل التبرع ، ما لم يثبت من صدر له التصرف عكس ذلك ، كل هذا ما لم توجد أحكام خاصة تخالفه ، .

ويستفاد من ذلك أن المشرع في التقنين المدني المصري الحالي قد أحال على الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة في شأن الوصية بالنسبة لأحكامها .

وقد أعطى عموم نص المادة ٩١٦ حكم الوصية لكل عمل قانوني يصدر في مرض الموت كالبيع والهبة والإقرار ^(٢) والإبراء وغير ذلك من التصرفات

(١) والقانون الذي يحكم الوصية في مصر في الوقت الحالي هو القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ م .

(٢) جاء في حكم المحكمة النقض بجلسته ٢٧/٤/١٩٥٠م — مجموعة أحكام محكمة النقض ص ١١٧ رقم ٤٦٠ : « الإقرار بدين الحاصل في مرض الموت لغير وارث على سبيل التبرع يصح اعتباره في حكم الوصية فينفذ في ثلث التركة » .

طالما يقصد بها التبرع، وقصد التبرع مفروض ما دام الورثة قد أثبتوا أن التصرف قد صدر في مرض الموت، ولهم إثبات ذلك بجميع طرق الإثبات بما فيها البينة والقرائن، ولا يحتاج عليهم بتاريخ التصرف إلا إذا كان ثابتاً لأنهم يعتبرون من الغير بالنسبة له، ولكن يجوز لكل ذى شأن أن يثبت أن التصرف رغم صدوره في مرض الموت كان بمقابل فإن أثبت ذلك كان القدر المحابى به هو الذى يأخذ حكم الوصية كما في بيع المريض .

ويعتبر في حكم الوصية كذلك ما نصت عليه المادة ٩١٧ من أنه : « إذا تصرف شخص لأحد ورثته واحتفظ بأية طريقة كانت بحيازة العين التى تصرف فيها وبحقه في الانتفاع بها مدى حياته اعتبر التصرف مضافاً إلى ما بعد الموت وتسرى عليه أحكام الوصية ما لم يقم دليل يخالف ذلك » . والعبرة في تعرف طبيعة التصرف بأنه بيع أو وصية إنما هو بقصد المتعاقدين وما يستخلص من الملابسات وظروف الحال ^(١) .

ولما كان المشرع المصرى لم يورد نصاً فيما يتعلق بحكم الوصية للوارث أو لغير الوارث ، بل أحال على الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة في شأن الوصية ، ومن ثم فإنه ليس ثمة ما يمنع من أن نأخذ بحكم الشريعة الإسلامية ، وهى تقضى على رأى الراجح كما رأينا باعتبار تصرف الموصى فيما زاد على الثلث للأجنبي أو للورثة موقوفاً على إجازة الورثة ، إذ أن في القول بالوقف تحقيقاً لحمايتهم ومراعاة لحقوقهم .

(١) جاء في حكم المحكمة النقض بجلسته ١٩٤٨/٤/٢٩ م مجموعة محمود عمر ج ٥ رقم ٣٠٧ ص ٦١٢ ما يأتى : « العبرة في تعرف طبيعة التصرف هى بقصد المتعاقدين على ما يستخلص من الملابسات وظروف الحال ، وعلى ذلك فإذا قضت المحكمة باعتبار عقد البيع سائراً لوصية وكان مما استخلصت منه نية إضافة التملك إلى ما بعد الموت أن البائع بقى منتفعاً بالأطيان التى تصرف فيها فلا مخالفة في ذلك للقانون » .

الفصل الثاني

تصرف المدين المحجور عليه الضار بمصلحة الغرماء

المبحث الأول

تصرف المدين المحجور عليه الضار بمصلحة الغرماء في الشريعة

الحجر في اللغة المنع من التصرف^(١) والحجر بالكسر العقل قال تعالى :
« هل في ذلك قسم لذي حجر »^(٢) . أى لذي عقل .

وفي الاصطلاح^(٣) الحجر على المدين المفلس هو منعه من التصرف في
ماله بكل ما يمس حقوق الغرماء ، وذلك بمنعه من إجراء التصرفات القولية
الضارة بمصلحتهم صيانة لحقوقهم في ماله ، وتمكيناً لهم من استيفائها .

ولا يرى الإمام أبو حنيفة الحجر على المدين وإن كان دينه مستغرقاً
لما يملك ، أو كان غافلاً في أذاته ، وذلك لأن في الحجر عليه إهداراً لأدميته
وإنسانيته ، مادامت أهليته كاملة بالعقل والدين أمر عارض لا يزيلها ولا ينال
منها ، وإذا طلب غرماؤه حبسه حبس حتى يباع ماله لقضاء دينه .

ويرى أبو يوسف ومحمد من الحنفية الحجر على المدين بشرطين :

أولهما : أن يركب المدين دين مستغرق لماله أو يزيد فتكون مجموع
ديونه الحالة والمؤجلة أكثر من ماله .

(١) جاء في الصباح النير ج ١ ص ٥٧ (الخاء مع الجيم وما يثلثهما) : « حجر عليه من .
باب قتل منعه من التصرف فهو محجور والحجر بالكسر العقل » .

(٢) سورة الفجر آية ٥ ج ٣٠ .

(٣) جاء في المفتي لابن قدامة ج ٤ ص ٤٥٦ : « الحجر منع الإنسان من التصرف .
في ماله » .

وثانیهما : أن یطلب الغرماء الحجر علیه فلا یجوز بغير طلب الغرماء^(١) .
ونوضح فیما یلی رأى فقهاء الشریعة فی حکم تصرفاته من حیث وقفها
على إجازة الغرماء أو بطلانها .

ذهب الإمام أبو یوسف ومحمد من الحنفیة^(٢) من القائلین بمجواز الحجر
على المدین إلى أن تصرف المدین المحجور علیه فی ماله ینعقد موقفاً على
إجازة الغرماء .

والی هذا جنح المالکیة^(٣) ، والشافعیة فی أحد القولین فی

(١) جاء فی البحر الرائق لابن نجیم ج ٨ ص ٨٣ « ولا یحجر علیه بسبب الدین ولو طلب
غرماءه الحجر علیه وهذا عند الإمام لأن فی الحجر علیه إهدار أهلیته وإلحاقه بالبهائم وذلك
ضرر عظیم فلا یجوز ، وعندهما یجوز الحجر علیه بسبب الدین وعلى قولهما الفتوى کذا فی
قاضیخان ... والكلام فی الحجر بالمدین فی موضعین أحدهما أن یرکبه دین مستغرق لما له
أو یزید على أمواله وطلب الغرماء من الفاضی أن یحجر علیه فیحجر علیه ویمنع من البیع
والتصرف والإقرار حتی لا یضر بالغرماء » . وانظر أيضاً تبیین الحقائق للزیلعی ج ٥ ص
١٩٩ « کتاب الحجر » .

(٢) جاء فی حاشیة الشلبی على الزیلعی ج ٥ ص ١٩٠ : « فإن تصرف المدین المحجور
بالبیع مثلاً کان تصرفه غیر نافذ ولو حصل القبض » . وانظر فی هذا المعنی رد المحتار لابن
عابدین ج ٥ ص ٩٩ . وانظر أيضاً رسالة الدكتور أحمد على الخطیب فی الحجر على المدین فی
الفقه الإسلامی ص ٥١٥ - ٥١٦ القاهرة ١٩٦٤ م .

(٣) جاء فی الشرح الکبیر للدردیر ج ٣ ص ٢٦٥ : « فإن وقع التصرف المالی لم
یبطال بل یوقف على نظر الغرماء » . وجاء فی حاشیة الفسوقی على هذا الشرح فی نفس
الموضع : « إذا حصل من الفلاس تصرف مالی فلا یبطال بل یوقف على نظر الحاكم إن شاء رده
وإن شاء أمضاه » .

وفی شرح الحرشی على مختصر خلیل ج ٥ ص ٢٦٦ : (باب الفلاس) : « ینم عن
التصرف المالی من بیع وشراء واكتراء ولو بغير محاباة . . . وإذا وقع منه التصرف أوقف
على نظر الحاكم رداً ولأمضاء وأما لو التزم شيئاً فی ذمته أو اشترى أو اکتري بیئیه فی ذمته
إلى أجل معلوم فلا ینم على أن یوفیه من مال یطراً له غیر ما حجر علیه فیه کخلعه وطلاقه
وعفوه » .

المذهب (١) وكذا في إحدى الروايتين عند الشيعة الإمامية (٢) والزيدية (٣) فهم يقولون أيضاً إن تصرفات المدين المحجور عليه المسالية تنعقد موقوفة ، فإن قضيت الديون من غير أن تنقض هذه التصرفات نفذت وإن لم تنقض إلا بنقضها فسخ منها الأضعف فالأضعف فيبدأ بالهبة لأنه لا عوض فيها ، ثم البيع لأنه لا يلحقه الفسخ ، ثم العتق لأنه أقوى التصرفات .

(١) جاء في كتاب الأم ج ٣ ص ١٨٦ الطبعة الأولى الأميرية ١٣٢١ هـ (باب التفليس) : « وما فعل من هذا ففيه قولان : أحدهما أنه موقوف والثاني أن ما صنع من هذا باطل لأنه قد منم ماله والحكم فيه . قال ولا يمنعه حتى يقسم ماله نفقته ونفقة أهله . »

(٢) جاء في مفتاح الكرامة للعالمى ج ٥ ص ٣١٦ - ٣١٧ : « وأما الإيقاف فقد نفي عنه البأس في التذكرة وقال جامع المقاصد فيه قوة ، وفي المسالك لعله أقوى والوجه فيه أنه لا يقصر عن التصرف في مال الغير فيكون كالنفسوى وحينئذ فلا ينفيه منعه من التصرف المناق لحق الغرماء ، إذ لا دليل على إرادة غيره ، ولأن عبارته لا تقصر عن عبارة السفه المحجور عليه مع صحة تصرفه إذا لحقته إجازة الولي فلو كان الحجر يقتضى المنع من التصرفات وسلب الأهلية لسقط به اعتبار عبارة السفه وعلى هذا إذا أجازته الغرماء نفذ وإلا أخره إلى أن يقسم ماله ، لا يباع ولا يسلم إلى الغرماء فإن لم يفضل من ماله شيء بطل وإن فضل ما يسهه صبح ، إذا كان الحكم يكون التصرف موقوفاً إلى أن ينظر هل تفضل العين التي تعلق التصرف بها أم لا ، يجب تأخير ما تصرف فيه وقضاء الدين من غيره فربما فضلت ووقى ما سواها بدينه ، وإن لم تف أمواله بدينه وكان التصرف متعدداً بطل الأضعف ثم الذى يليه في الضعف ... فلو كان قد تصرف ببيع وكتابة وهبة ورهن وعتق ووقف أبطلنا أولاً الرهن والهبة لأنهما أضعف من الباقي باعتبار جواز الرهن من جانب المتهن وكون الهبة موضوعة على الجواز ثم البيع والسكاتية لأنهما وإن كانا لازمين من الطرفين إلا أن العتق أقوى منهما لكونه في نظر الشارع على التقلب ولهذا كان من خواصه السراية ولا يبعد أن يكون الوقف بمنزلة العتق لأن كلا منهما لا يقبل الفسخ بخلاف باقي العقود . »

(٣) جاء في كتاب البحر الزخار ج ٥ ص ٩٠ : « ولا ينفذ منه (المدين) فيما يتناوله الحجر تصرف إذ تد تعلق به حق الغرماء لقوله صلى الله عليه وسلم : « خذوا ما وجدتم . » وكالرهن وفي المذهب هو موقوف على نكاح الحجر أو إجازة الغرماء أو الحاكم وفي قول الشافعى بل باطل كتصرف الصبي قلنا هو بالمرض أشبه لتكليفه . »

وذهب الشافعية في القول الآخر في المذهب^(١) وكذا الحنابلة^(٢) والشيعة الإمامية^(٣) والزيدية^(٤) في الرواية الأخرى عندم إلى القول ببطلان تصرفات المدين المحجور عليه ، لأن الحجر يقتضى انعدام أثر هذه التصرفات ابتداء ، فلم يصح تصرفه فيها ويبطل ، ويعم ذلك جميع تصرفات المدين المحجور المالية سواء أكانت بعوض كالبيع والإجارة أو بغير عوض كالهبة والعق والوقف ، وسواء أكان العوض مثل المعوض عنه أو أزيد أو أقل ، فالمدين ممنوع منها على وجه سلبت فيه أهليته ، وكانت عبارته كعبارة الصبي غير المميز فلا تصح وإن لحقتها الإجازة .

ومن ثم فإنه يتلخص لنا أن هناك رأيين في حكم تصرفات المدين

(١) انظر في هذا كتاب الأم ج ٣ ص ١٨٦ . وانظر أيضاً المذهب للشيرازي ج ١ ص ٣٢٨ ، ومغني المحتاج ج ٢ ص ١٤٧ - ١٤٩ .

(٢) جاء في المغني لابن قدامة ج ٤ ص ٤٣٩ الطبعة الثالثة ١٣٦٧ هـ : « متى حجر الغاضى على المفلس لم ينفذ تصرفه في شيء من ماله فإن تصرف ببيع أو هبة أو وقف أو صدق امرأة مالا له أو نحو ذلك لم يصح وبهذا القول قال مالك والشافعي في قول وقال في آخر يفت تصرفه ، فإن كان فيما بقي من ماله وفاء الغرماء نفذ وإلا بطل ولنا أنه محجور عليه بحكم الحاكم فلم يصح تصرفه كالسفيه ، ولأن حقوق الغرماء تعلقت بأعيان ما له فلم يصح تصرفه فيها كالعين المرهونة ، فأما إن تصرف في ذمته فاشتري أو اقترض أو تكفل صح تصرفه لأنه أهل للتصرف وإنما وجد في حقه الحجر ، والحجر إنما يتعلق بماله لا بذمته ولا يصح لإقراره فيما حجر عليه فيه كالسفيه أو كالراهن يقر على الرهن لأنه متهم في إقراره » . وانظر أيضاً كتاب نيل المآرب بشرح دليل الطالب لعبد القادر بن عمر الشيباني في فقه الحنابلة ص ١٢١ .

(٣) انظر في فقه الشيعة الإمامية : مفتاح الكرامة للعامل ج ٥ ص ٣١٦ فقد جاء فيه « إذا صادف تصرف المدين عين المال بالمعاوضة كالبيع والإجارة أو بغير معاوضة كالهبة والمتق والكتابة أو بالنم من الاقتفاع كالرهن ، ففي المبسوط والشرائع والتحرير والإيضاح أنه يبطل وهو المحكى عن أبي على لأنه ممنوع منه على وجه سلبت فيه أهليته وكانت عبارته كعبارة الصبي فلا يصح وإن لحقتها الإجازة وهذا هو المناسب للحجر فإن معنى قول الحاكم الحاكم حجرت عليك منعتك من التصرف ومعناه تعذر وقوع هذه العقود منه » .

(٤) انظر في فقه الشيعة الزيدية البحر الزخار ج ٥ ص ٩٠ .

المحجور عليه المالية عند من يقول بالحجر عليه من فقهاء الشريعة الإسلامية :

- ١ — رأى يقول بالوقف وإلى هذا جنح أبو يوسف ومحمد من الحنفية، وكذا المالكية ، وفي أحد الرأيين عند الشافعية والشيعة الإمامية والزيدية .
- ٢ — رأى يقول بالبطان وإلى هذا ذهب الشافعية في القول الآخر في المذهب والحنابلة وكذا الشيعة الإمامية والزيدية في الرواية الأخرى عندهم ونبين فيما يلي أدلة كل فريق منهم .

(١) أدلة الفقائين بالوقف :

- ١ — الحجر على المدين منع من نفاذ تصرف قولي ، والمنع من النفاذ لا يقتضي البطان ، وإنما يقتضي وقف نفاذ التصرف على إجازة الدائنين ، ذلك أن الحجر مقرر أصلاً لمصلحتهم فإذا كانت مصلحتهم تقتضي إجازة تصرفات المدين المحجور عليه المالية أجازوها وإلا كان لهم الحق في إبطالها ، ولا تعتبر هذه التصرفات صحيحة نافذة إلا من وقت الإجازة .

- ٢ — تصرف المدين المحجور عليه كتصرف المريض^(١) الذي عليه ديون في صحته ، فكل تصرف يصدر منهما ينعقد موقوفاً غير نافذ ، ولا ينفذ إلا بإجازة الغرماء ، ومن ثم فإنه لا يترتب على التصرف أثره حتى يجاز من مس التصرف حقهم منهم ، فالحكمة من الوقف في الجائتين هو تعلق حق الغير بالشيء المتصرف فيه .

(١) انظر المذهب للشيخ الزبيدي ج ١ ص ٣٢٨ .

٣ - الحجر على المدين يجعله بمنزلة الفضولي^(١) بجامع أن كلا منهما لا تكون له ولاية التصرف شرعاً وعدم الولاية يترتب عليه وقف نفاذ التصرف لابطالانه ، فالولاية شرط من شروط النفاذ لامن شروط الانعقاد .

وهذا القياس مردود لأن حكم الأصل غير متفق عليه فمن الفقهاء من يقول ببطالان تصرف الفضولي ، وشرط القياس الأصولي أن يكون حكم الأصل متفقاً عليه ، ومن ثم فإن القياس يكون غير صحيح ، هذا فضلاً عن أن المدين إذ يتصرف ، فإنما يتصرف في مال مملوك له غير أنه قد تعلق به حق للغير وهم الدائنون فيوقف على إجازتهم ، أما الفضولي فإنه يتصرف في مال غير مملوك له وليس له ولاية التصرف فافتراقاً .

٤ - تصرف المدين المحجور عليه كمصرف السفه المحجور عليه^(٢) . وبما أن تصرف الأخير المسالي يصح إذا لحقته الإجازة من الولي فكذلك تصرف المدين المحجور عليه يصح إذا أجازته الغرماء أو تنازلوا عن ديونهم أو أبرموه منها . ولو كان الحجر يقتضي المنع من التصرفات وابطالها وسلب أهلية المدين لسقط به اعتبار عبارة السفه .

وهذا القياس مردود بقياس المحجور عليه للدين بالسفيه قياس مع الفارق ، فعلة الحجر على السفه هي تبذيره لماله ، أما علة الحجر على المدين فهي المحافظة على حقوق الغرماء وعدم الإضرار بهم ، فيكون القياس غير صحيح .

(١) انظر مفتاح الكرامة للعامل ج ٥ ص ٣١٦ - ٣١٧ .

(٢) المرجع السابق في نفس الموضع .

(ب) أدلة القائلين بالبطلان :

١ — الحجر يقتضى انعدام أثر تصرفات المدين المحجور عليه وهذا الانعدام يؤدي إلى بطلان تصرفاته محافظة على حقوق الغرماء التي تعلقت بأعيان ماله فلم يصح تصرفه فيها ، وحقيقة الحجر هو المنع من التصرف ، والمنع يتعذر معه وقوع تصرفات المدين المحجور عليه على وجه صحيح فتكون باطلة^(١) .

ويناقش هذا بأن الحجر لا يقتضى بطلان تصرفات المدين المحجور عليه ، بل يقتضى وقف نفاذها على إجازة الغرماء أو إبرائهم له من الدين أو تنازلهم عنه .

٢ — عبارة المحجور عليه للدين كعبارة الصبي^(٢) ، فلا تصح تصرفاتهما على وجه سلبت فيه أهليتهما ، وهذا القياس مردود عليه ، فعدم صحة تصرفات الصبي هو عدم تمييزه إذا كان غير مميز ، أما المدين المحجور عليه فعلة الحجر عليه هو المحافظة على حقوق الغرماء لا عدم تمييزه فافتراقا فيكون القياس غير صحيح .

وكذلك فإن قياس المدين المحجور عليه على الصبي المميز قياس مع الفارق ، فعلة الحجر على المدين تختلف ، فهي بالنسبة له كما ذكرنا المحافظة على حقوق الغرماء ، أما بالنسبة للصبي المميز فهي نقص أهليته وعدم كمال تمييزه ، وكذلك فإن حكم الأصل غير متفق عليه فمن الفقهاء من يقول بوقف تصرفات الصبي المميز على إجازة وليه ، ومنهم من يقول ببطلانها ، ومن ثم فإن القياس يكون غير صحيح .

(١) انظر في فقه الشافعية الأم ج ٣ ص ١٨٦ ، وفي فقه الحنابلة المغني لابن قدامة ج ٤ ص ٤٣٩ ، وفي فقه الشيعة الإمامية مفتاح الكرامة ج ٥ ص ٣١٦ .

(٢) مفتاح الكرامة ج ٥ ص ٣١٦ .

٣ - الحجز على المدين يجعله غير ذى ولاية كالفضولى^(١) . وتصرفات الأخير عندهم باطلة ، لأن عدم الولاية يترتب عليه بطلان تصرفاته لعدم نفاذها أو وقفها على الإجازة ، لأن الولاية عندهم شرط فى الانعقاد لا فى النفاذ ، وعدم ترتب شرط الانعقاد يترتب عليه البطلان .

ويناقش هذا بأن الولاية شرط للنفاذ لا للانعقاد ، فعدم وجودها يترتب عليه عدم نفاذ التصرف لا بطلانه . هذا فضلاً عن أن حكم الأصل وهو تصرف الفضولى غير متفق عليه ، فمن الفقهاء من يقول بوقفه ومنهم من يقول ببطلانه ، وشرط القياس الأصولى كما ذكرنا أن يكون حكم الأصل متفقاً عليه ومن ثم فإن القياس يكون غير صحيح .

وبالنظر فى أدلة كل من القائلين بالوقف والقائلين بالبطلان ، وما ورد عليهما من مناقشات ، فإنه يترجح لنا دليل رأى الأول ، لأن القول بالوقف يحقق الحماية للدائنين ويهدف إلى منع المدين من التصرف فى ماله على وجه يضر بحقوقهم .

المبحث الثانى

تصرف المدين الضار بمصلحة الدائنين
فى القانون المدنى

إذا تصرف المدين تصرفاً ضاراً بمصلحة دائنيه فإن هذا التصرف لا يسرى فى حقهم . وقد كفل القانون للدائنين الوفاء بحقوقهم بوسائل و ضمانات وجعل أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه وعلى هذا نصت المادة ٢٣٤ من التقنين المدنى المصرى الحالى فقالت :

١ - أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه .

(١) نفس المرجع السابق ج ٥ ص ٣١٦ - ٣١٧ .

٢ — وجميع الدائنين متساوون في هذا الضمان إلا من كان له منهم حق التقدم . ومن هذه الوسائل التي قررها القانون لحماية الدائنين ما يأتي :

أولاً — الدعوى غير المباشرة :

ومقتضاها أن يكون لكل دائن أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين، إلا ما كان منها متصلاً بشخصه خاصة أو غير قابل للحجز، وذلك إذا أهمل المدين استعمال هذه الحقوق ، ومن أمثلتها أن يكون للمدين حق على الغير هو عبارة عن تعويض استحققه بسبب ضرر نشأ للمدين من خطأ الغير ، ولكن المدين لا يطالب بذلك التعويض ، فعندئذ يجوز للدائن ذلك المدين أن يطالب بالتعويض باسم المدين، وكذلك إذا كان للمدين الحق في أن يرفع دعوى البطلان ولكنه لا يرفعها جاز لأحد الدائنين أن يرفعها باسم ذلك المدين^(١) .

وكذلك فللدائنين الحق في استعمال التقادم باسم مدينهم إذا أهمل في التمسك به ، ولهم هذا الحق أيضاً حتى لو عمد المدين إلى التنازل عن الدفع به ، فتنازل المدين لا يحتج به في مواجهتهم^(٢) . وقد قررت المادة ٣٨٨ من التقنين المدني المصري الحال في فقرتها الثانية بعد أن ذكرت حق المدين في التنازل عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه : وعلى أن هذا النزول لا ينقذ في حق الدائنين إذا صدر لإضراراً بهم .

وقد تضمنت النص على حقيقة الدعوى غير المباشرة وأحكامها المادة ٢٣٥ من التقنين المذكور فقالت :

(١) انظر الوسيط للأستاذ الدكتور السهوري ج ٢ ص ٩٤٣ وما بعدها طبعة ١٩٥٦ م ، وأحكام الالتزام للدكتور اسماعيل غانم ج ١ ص ١٩١ - ١٩٢ طبعة ١٩٦٤ م .
(٢) انظر في هذا أثر مضي المدة في الالتزام ص ١٠٧ للأستاذ الدكتور عبد النعم البدرأوى .

١٥ — لكل دائن ولو لم يكن حقه مستحق الأداء أن يستعمل باسم مدينه حقوق هذا المدين ، إلا ما كان منها متصلاً بشخصه خاصة أو غير قابل للحجز .

٢ — ولا يكون استعمال الدائن لحقوق مدينه مقبولا إلا إذا أثبت أن المدين لم يستعمل هذه الحقوق وأن عدم استعماله لها من شأنه أن يسبب إعساره أو يزيد في هذا الإعسار ولا يشترط لإعذار المدين لاستعمال حقه ولكن يجب إدخاله خصماً في الدعوى .

فالغرض من الدعوى غير المباشرة هو المحافظة على الضمان العام للدائنين من نتائج إهمال المدين في استعمال ما له من حقوق ، فقد يؤدي هذا الإهمال إلى حرمان الدائنين من التنفيذ على ما كان يدخل في ضمانهم العام لو أن المدين استعمل ما له من حق^(١) .

ثانياً — الدعوى البوليسية :

نظم التقنين المدني المصري الحالي أحكام هذه الدعوى في المواد من ٢٣٧ إلى ٢٤٣ ، وتسمى بدعوى عدم نفاذ تصرف المدين لا دعوى إبطال هذا التصرف ، فإذا تصرف المدين في ماله بقصد الإضرار بدائنه ، أعطى القانون للدائن الحق في أن يطعن على هذا التصرف المعار به بطلب عدم نفاذ هذا التصرف في حقه ، فإذا أجيب إلى طلبه لم يسر التصرف في حقه ولكنه يبقى قائماً فيما بين المدين ومن صدر له التصرف .

ويشترط لعدم نفاذ تصرف المدين في حق الدائن :

١ — أن يكون حقه مستحق الأداء خالياً من النزاع فلا يستطيع الدائن

(١) انظر في هذا أحكام الالتزام للدكتور إسماعيل قانم ج ١ ص ١٧٧/١٧٨ ، وانظر في شروط هذه الدعوى تفصيلاً المرجع المذكور ص ١٨٠ وما بعدها .

استعمال هذه الدعوى، إذا كان حقه متنازهاً فيه، كما لا يستطيع استعمالها الدائن الذى يكون حقه معلقاً على شرط واقف أو أجل واقف^(١).

٢ — أن يكون التصرف المطعون فيه تصرفاً مفقراً أى منفصلاً لحقوق المدين، كالهبة والبيع والوقف، وكذلك لا يسرى فى حق الدائن كل تصرف يزيد فى التزامات المدين كالقرض والشركة ورد الإبراء. ولا يجوز الطعن بهذه الدعوى فى التصرف المانع من الاعتناء كرفض المدين قبول الهبة مما يؤدى إلى زيادة حقوقه لأنه ليس تصرفاً مفقراً.

٣ — أن يكون تصرف المدين الضار بدائنه قد صدر بعد ثبوت حق الدائن، وأن يكون قد تسبب فى إعساره إذا كان غير معسر قبل التصرف، أو تسبب فى زيادة إعساره إذا كان معسراً قبل التصرف.

٤ — أن يكون التصرف منظوياً على غش المدين وتواطؤ من صدر له التصرف إذا كان التصرف معاوضة، وإذا كان تبرعاً فيمكن أن يثبت الدائن أن التبرع قد سبب إعسار المدين أو زاد فى إعساره^(٢).

ومن ثم فإنه يخلص مما تقدم أن الدعوى البوليصة أو دعوى عدم نفاذ تصرف المدين فى حق الدائن، تجعل التصرف غير سار فى حق الدائن بالشروط السابقة فهى ليست دعوى لإبطال التصرف، ويستفيد من هذه الدعوى جميع الدائنين الذين صدر التصرف لإضراراً بهم.

(١) انظر فى هذا الوسيط ج ٢ ص ٩٩٦ وما بعدها طبعة ١٩٥٦ م للأستاذ الدكتور السهورى.

(٢) انظر فى تفصيل هذه الشروط الوسيط ج ٢ ص ١٠٠٠ وما بعدها، وأحكام الالتزام، للدكتور إسماعيل غانم ج ١ ص ٢١٥ / ٢١٦.

ثالثاً — نظام الإعسار في التقنين المصري :

ومقتضى هذا التنظيم أنه إذا زادت ديون المدين الحالة على أمواله ، فإنه يجوز لدائنيه أن يطلبوا من المحكمة شهر إعساره بحكم وتسجل صحيفة دعوى الإعسار في قلم كتاب المحكمة ويؤشر بالحكم على هامش هذا التسجيل .

ويجوز للمدين أن يطلب من المحكمة شهر إعساره فتجيبه إلى ما يطلبه . وقد نصت على جواز شهر إعسار المدين غير التاجر المادة ٢٤٩ من التقنين المدني المصري الحالي فقالت : يجوز أن يشهر إعسار كل مدين غير تاجر إذا كانت أمواله لا تكفي لوفاء ديونه المستحقة الأداء .

وإذا ما تم شهر إعسار المدين بحكم غلت يده عن التصرف في ماله ، وكل تصرف يصدر منه بعد تسجيل صحيفة دعوى الإعسار يكون غير سار في حق الدائنين (م ٢٥٨) ، وذلك دون حاجة إلى إثبات إعسار المدين إذ هو ثابت بالحكم ، ودون حاجة إلى إثبات تواطؤ المدين مع من تصرف له في ماله (١) .

فشهر الإعسار يترتب عليه عدم نفاذ تصرف المدين الضار بدائنيه في مواجهتهم بعد تسجيل صحيفة دعوى الإعسار .

ونحن نرى بعد بيان هذه الوسائل التي نظمها القانون لحماية الدائنين ، أن الفقه الإسلامي حين اعتبر تصرفات المدين المالية الضارة بغير مائه موقوفة على إجازتهم عند من يقول بذلك من الفقهاء كان أكثر توفيقاً ، إذ أن الوقف يحقق للدائنين حماية أكثر مما تحققه فكرة عدم السريان أو عدم النفاذ في القانون ،

(١) انظر في هذا الوسيط للأستاذ الدكتور السهري ج ٢ ص ١٢١٢ ، وما بعدها وأحكام الالتزام للدكتور إسماعيل غانم ج ١ ص ٢٥٠ .

فمقتضى وقف العقد في الشريعة هو عدم نفاذه قبل إجازته ، أما بالنسبة للعقد غير السارى ، فإن العقد يعتبر نافذاً إلى أن يطلب الدائن اعتبار التصرف غير نافذ في حقه ، وذلك برفع الدعوى البوليصة أو بطلب الحكم بشهر إمسار المدين . هذا فضلاً عن أن القول بالوقف يغنى عن هذه الوسائل المتعددة التي لجأ إليها المشرع في التقنين المدنى لحماية الدائنين من تصرفات مدينهم الصادرة بهم .

الفصل الثالث

بيع المرهون والمستأجر

المبحث الأول

بيع المرهون

المطلب الأول

بيع المرهون في الشريعة

الرهن في اللغة الثبوت والدوام^(١) قال تعالى : « كل نفس بما كسبت رهينة »^(٢) . وقال جل شأنه : « كل امرئ بما كسب رهين »^(٣) .

وفي الاصطلاح الرهن حبس شيء بحق يمكن استيفاءه منه^(٤) .

وقد اختلفت عبارات الكتب في الفقه الحنفي في حكم بيع المرهون^(٥)

(١) جاء في المصباح المنير ج ١ ص ١١١ الطبعة الأولى ١٣١٥ هـ ، (الراء مع الماء وما يثلثهما) : « رهن الشيء يرهن رهوناً ثبت ودام فهو رهن ورهنة المتاع والدين رهناً حبسه فهو رهون » .

(٢) سورة المدثر آية ٣٨ ج ٢٩ .

(٣) سورة الطور آية ٢١ ج ٢٧ .

(٤) انظر في هذا كتاب تكملة فتح القدير ج ٨ ص ١٨٩ فقد جاء فيه « الرهن لغة حبس الشيء وفي الشريعة جعل الشيء محبوساً بحق يمكن استيفاءه من الرهن » . وفي المغني لأبن قدامة ج ٤ ص ٣٢٦ : « الرهن هو المال الذي يجعل وثيقة بالدين ليستوفى من ثمنه إن تعذر استيفاءه ممن هو عليه » .

(٥) جاء في الفتاوى التتارخانية مجلد رقم ٢ مخطوط رقم ٣٥٤ بدار الكتب المصرية : « اختلفت عبارات الكتب في بيع المرهون ووقع في بعض الكتب أن يبيع المرهون فاسد ووقع في البعض الآخر أن يبيعه موقوف ومن مشايخنا من قال في المسألة روايتان وعامتهم على أن البيع =

ففي بعضها أنه فاسد وفي بعضها أنه موقوف، وعامتهم على أن البيع موقوف على إجازة المرتهن لتعلق حقه به ، فإن أجازته أو قضى الراهن دينه نفذ ، لأن التوقف كان لحقه وقد قضى بسقوطه ، وإذا نفذ البيع بإجازة المرتهن انتقل حقه إلى بدله .

وإذا لم يحجز المرتهن البيع وفسخه ففيه روايتان :

أمرأهما : يفسخ البيع حتى إذا افتسكه الراهن فلا سبيل للمشتري عليه لأن حق المرتهن بمنزلة الملك فصار كالمالك الذي يبيع ملكه بدون إذنه فله أن يحجز البيع وله أن يفسخ .

وثانيهما : وهو الصحيح من المذهب أنه لا يفسخ بفسخه حتى لو صبر المشتري إلى حين قيام الراهن بفك الرهن أو رفع الأمر إلى القاضي ليفسخ العقد لعجز الراهن عن التسليم ، فولاية الفسخ تكون للقاضي لا للمرتهن .

فقتضى هذا الرأي هو أن البيع يوقف على إجازة المرتهن أو قضاء الدين ، فله حينئذ حق الإجازة دون الفسخ ، وجعله متوقفاً على قضاء الدين دليل على أن فسخه لا ينفذ .

ويناقش هذا بأن الامتناع كان لحقه لكي لا يتضرر ؛ والتوقف هنا

موقوف فإن قضى الراهن المال أو أبرأه الراهن منه وطلب رد الرهن عليه ورضى به تم البيع ، وإن لم يحجز المرتهن يبيعه وطلب المشتري من القاضي التسليم فالقاضي يفسخ العقد بينهما ومعنى قوله في بعض الكتب أن بيع المرهون فاسد أنه لاحق له فكان فاسداً في حق الحكم .
وانظر في نفس المعنى فتاوى قاضيان ج ٢ ص ٣١٧ مخطوط رقم ٢٩٧ بدارالكتب المصرية ، وانظر أيضاً حاشية الطحطاوى على الدر المختار ج ٣ ص ٨٦ . وجاء في الفتاوى الهندية ج ٣ ص ١١٠ / ١١١ : « واختلفت عبارات الكتب في بيع المرهون عامتهم على أن البيع موقوف وهو الصحيح ، حتى لو قضى الراهن الدين أو أبرأه المرتهن من الدين أو رد الرهن عليه أو أجاز ورضى به تم البيع ولا يحتاج إلى تجديد العقد ، وإن لم يحجز المرتهن يبيعه وطلب المشتري من القاضي التسليم فالقاضي يفسخ العقد بينهما » . وانظر أيضاً رد المختار لابن عابدين ج ٤ ص ١٤٥ ، والمبسوط للسرخسي ج ١٣ ص ١١ .

لا يضره لأن حقه في الحبس لا يبطل بمجرد الانعقاد من غير نفوذ
فبقي موقوفاً .

وإذا افتك الراهن الرهن نفذ البيع في حق البائع والمشتري ، وكذلك
إذا باع الراهن العين المرهونة للمرتهن نفسه نفذ البيع بداهة في حق الراهن
والمرتهن . دون حاجة إلى إجازة (١) .

وقد نصت على حكم بيع المرهون المادة ٣٧٧/٤ من مجلة الأحكام
العدلية فقالت : « والرابع (من الموقوف) بيع المرهون فليس للمرتهن
فسخ البيع إلا أن المشتري ليس له أخذ المبيع منه وله الخيار إما أن ينتظر
فك الرهن وإما أن يفسخ البيع ، وإذا أجاز المرتهن البيع أو دفع المدين
دينه أو أبرأه الدائن سقط الرهن ولزم البيع ، وإذا باع الراهن الرهن ثم
آجره أو رهنه ثم أجاز المرتهن الرهن الثاني أو الإجارة نفذ البيع دون
الرهن الثاني والإجارة . »

كما نصت المادة ٨٨٤ من مرشد الخيران على أن : « كل تصرف من
التصرفات المحتملة للفسخ كالبيع والإجارة والهبة والصدقة ونحو ذلك إذا
فعله الراهن قبل سقوط الدين عنه يتوقف نفاذه على رضا المرتهن ، ولا يبطل
حقه في حبس الرهن إلا إذا أجاز المرتهن أو قضى الراهن دينه فيثبت
تنفذ تصرفاته ويخرج المرهون عن عهدة المرتهن ، لكن في صورة البيع

(١) جاء في المبسوط للسرخسي ج ١٣ ص ١١ : « وإذا لم يجوز المرتهن وفسخه ففيه
روايتان ففي إحدى الروايتين يفسخ البيع حتى لو افتك الراهن فلا سبيل للمشتري عليه لأن
حق المرتهن بمنزلة الملك ومن باع ملك الغير فإن أجاز له المالك تم البيع وإن فسخ انفسخ فهذا
مثله وفي أصح الروايتين لا يفسخ بفسخه حتى لو صبر المشتري حتى افتك الراهن كان له أن
يأخذه » . وانظر أيضاً تبين الحقائق للزيلعي ج ٦ ص ٨٤ — ٨٥ ، والجوهرة النيرة
لمختصر القدوري ج ١ ص ٢٣٣ الطبعة الأولى بالمطبعة الخيرية ١٣٢٢ هـ . ورد المختار لابن
عابدين ج ٤ ص ١٤٥ . وانظر أيضاً درر الحكم شرح غرر الأحكام لمناخسرو ص ٢٤٥ /
٢٤٦ المجلد الثاني مخطوط رقم ١٧٤ بدار الكتب المصرية . وانظر أيضاً كثر الدقائق للنسفي
باب التصرف في الرهن مخطوط رقم ٣٨٤ بدار الكتب المصرية .

يتحول حق المرتهن إلى الثمن بخلاف بدل الإجارة ، وكذلك إذا أقر الراهن بالمرهون لغيره فلا يصح إقراره في حق المرتهن ولا يسقط حقه في حبس الرهن إلى استيفاء دينه .

تداول الشيء المرهون بالبيع

إذا باع الراهن العين المرهونة مرة ثانية قبل أن تصدر الإجازة من المرتهن ، توقف البيع الثاني على إجازته أيضاً كما توقف البيع الأول ، لأن البيع الأول موقوف ، والموقوف لا يمنع توقف الثاني فلو أجاز المرتهن البيع الثاني لا الأول جاز .

وإذا باع الراهن الرهن ثم أجره أو رهنه أو وهبه من غير المشتري فأجاز المرتهن هذه التصرفات من البيع وغيره جاز البيع دون التصرفات الأخرى .

والفرق بين المسألتين أن للمرتهن حظاً وفائدة في البيع تتعلق حقه ببذله ، بخلاف العقود المذكورة إذ لا بدل له في الهبة والرهن ، وما في الإجارة بدل المنفعة لا العين ، وحقه في مالية العين لا المنفعة فكانت إجازته إسقاطاً لحقه فزال المانع فنفذ البيع الأول^(١) .

هذا هو رأى الحنفية ويتفق معهم المالكية^(٢) وكذا الشيعة

(١) انظر في هذا الجوهرة الثيرة لمختصر القدوري ج ١ ص ٢٣٣ الطبعة الأولى بالطبعة الحيرية ١٣٧٢ هـ ، ودرر الحكام شرح غرر الأحكام لملاخسرو المجلد الثاني ص ٢٤٥ — ٢٤٦ مخطوط رقم ١٧٤ بدار الكتب المصرية ، وتبيين الحقائق للزيلعي ج ٦ ص ٨٥ ، ورد المختار لابن عابدين ج ٤ ص ١٢٥ الطبعة الثالثة ١٣٢٥ هـ .

(٢) جاء في شرح عبد الباقي الزرقاني على مختصر خليل ج ٥ ص ١٩ : « ووقف مرهون باعه مالكة الراهن على رضا مرتهنه بعد قبضه فله إجازته وله رده » . وجاء في مواهب الجليل شرح مختصر خليل المعروف بالمطاب ج ٤ ص ٤٦٩ : « المرهون تعلق به حق المرتهن ومالك الغير قد تعلق به حق مالكة ... خشي أن يتوهم أن ذلك مانع من صحة البيع في هذه المسائل كما يقول المخالف فقيه على أن البيع صحيح ولكنه يوقف على رضا المرتهن فإن أعطاه دينه فلا كلام له =

الإمامية^(١) والزيدية^(٢) والإباضية^(٣) في إحدى الروايتين عندهم . فهم يقولون بأن بيع الشيء المرهون ينعقد موقوفاً على إجازة المرتهن ، فإن أجازته صح ونفذ وإلا رفضه بطل ويكون للمرتهن حق الرد إذا بيع المرهون بدون رضاه .

وإذا قضى الرهن للمرتهن دينه فليس له الحق في الاعتراض ، وإن بيع محل الرهن بمثل حقه عجل له ، وإن بيع بأقل من حقه أو كان دينه عرضاً فله إجازة البيع ورده ، فإن أجاز تعجل حقه . كل هذا إذا وقع البيع بعد أن قبض المرتهن محل الرهن ، وأما إن باعه الرهن قبل القبض ؛ فإن البيع يكون نافذاً ولا حق للمرتهن في الاعتراض .

ولا فإن بيع بمثل حقه عجل له وإن بيع بأقل أو كان دينه عرضاً فله إجازة البيع ورده ، فإن أجاز تعجل حقه بعد أن يحلف أنه إنما أجاز ليتعجل حقه وهذا إن وقع البيع بعد أن قبض المرتهن وأما إن باعه قبل القبض فإن البيع ماض ولا مقال للمرتهن إن فرط في قبض الرهن وإن لم يفرط فقولان . وانظر أيضاً حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ٣ ص ١٠ - ١٢ . وفي شرح الخرشي ج ٥ ص ١٧ : « ووقف مرهون على رضا مرتهنه » .

(١) جاء في مفتاح الكرامة للماملي ج ٥ ص ١١٥ - ١١٦ : « فإذا باهر أحدكما (الرهن أو المرتهن) بالتصرف لم يبق باطلا بل موقوفاً إذا تصرف الرهن بما يضمن منه فإن كان ينفق أو يعتق كان موقوفاً على إجازة المرتهن . . . لأن المانم قد زال بالإجازة وذلك لا ينافي تنجيز المعتقد كسائر العقود التي يشترط فيها ذلك » . وفي المختصر النافع ص ١٣٧ : « ولو باعه الرهن وقف على إجازة المرتهن » .

(٢) جاء في كتاب البحر الزخار ج ٤ ص ١١٨ : « لا تصرف له (الرهن) بوجه إلا بإذن المرتهن لتعلق حقه به فإن فعل نقض ، فإن أذن جاز التصرف » .

(٣) جاء في كتاب النيل وشفاء العليل ج ٤ ص ١٣٦ : « فإذا باع الرهن الرهن بلا إذن مرتهنه فإن اشترط رضا المرتهن ورضى فقيل يصح العقد وقيل بل يحدده المرتهن أو يعمه بمحضرة المشتري أو يرسل إليه الرهن أو غيره بأن قد تمت بما باع الرهن فاشتر ، وإذا كان الخلاف في بيع الفضولي والرهن وقد شرط فهو في بيعهما إذا لم يشترط بالأولى فقيل يثبت إن رضى وقيل لا إلا بتجديد أو متامة ، وإنما جعلت الرهن كالفضولي مع أن المال له لأنه لا يملك تصرفاً في رهنه ، ودخل في الفضولي العبد الذي لم يؤذن ولم يشرح ولم يرسل الطفل الذي لم يرسل » .

وذهب الشافعية^(١) والحنابلة^(٢) وفي الرواية الأخرى عند الشيعة الإمامية^(٣) والزيدية^(٤) والإباضية^(٥) إلى القول ببطلان تصرفات الراهن في العين المرهونة بالبيع والإجارة ونحوهما .

ومن ثم فإنه يتلخص لنا أن هناك رأيين في حكم بيع المرهون : رأى يقول بالبطلان ورأى يقول بالوقف .

دليل القائلين بالبطلان

استدلوا بالنص وبالقياس :

١ — النص : استدلوا بقوله صلى الله عليه وسلم : « لا ضرر ولا ضرار »^(٦) .
وروجه الاستدلال من هذا الحديث أن في بيع المرهون ضرراً على المرتهن لأن ذلك يناقض حقه إذ أن حقه قد تعلق بالشئ المرهون ، فالتصرف فيه بالبيع ونحوه فيه إضرار به والضرر ممنوع ، وتجب إزالته^(٧) .

(١) انظر في فقه الشافعية المذهب للشيرازي ج ١ ص ٣١٠ — ٣١٢ ، والوجيز للفرزالي ج ١ ص ١٦٩ ، ونهاية المحتاج ج ٣ ص ٣٨٨ ، والفتاوى الكبرى لابن حجر ج ٢ ص ٢٨١ .

(٢) انظر في فقه الحنابلة المغني لابن قدامة ج ٤ ص ٣١١ وما بعدها .

(٣) انظر في فقه الشيعة الإمامية مفتاح الكرامة للعاملی ج ٤ ص ٢٦٤ فقد جاء فيه .
« وفي رأى آخر يكون البيع (بيع المرهون) باطلا قياساً على إبطال بيع الفضولي » .

(٤) انظر في فقه الشيعة الزيدية البحر الزخار ج ٤ ص ١١٨ .

(٥) جاء في كتاب النيل وشفاء العليل في فقه الإباضية ج ٤ ص ١٣٦ : « تصرف الراهن في العين المرهونة كتصرف الفضولي يعتبر صحيحاً موقوفاً على الإجازة على قول وباطلاً على القول الآخر » .

(٦) السنن الكبرى للبيهقي ج ٦ ص ٦٩ الطبعة الأولى ١٣٥٢ هـ (باب لا ضرر ولا ضرار) .

(٧) انظر المذهب للشيرازي ج ١ ص ٣١٠ — ٣١٢ .

ويناقش هذا بأن دفع هذا الضرر المحتمل عن المرتهن إنما يكون بانعقاد تصرف الراهن صحيحاً موقوفاً على إجازة المرتهن ، وأن الضرر يتحقق في هذه الحالة إذا قلنا بالنفاذ لا بالوقف .

٢ — القياس : قاسوا تصرفات الراهن في العين المرهونة على تصرفات الفضولي^(١) بجامع أن كلا منهما قد تعلق به حق للغير وتعلق حق الغير بالمحل يبطل التصرف .

ويناقش هذا بأنه قياس مع الفارق ؛ فالفضولي حين يتصرف في مال الغير فإنما يتصرف في شيء غير مملوك له ، أما الراهن فهو يتصرف في مال مملوك له ؛ وإنما تعلق به حق المرتهن فيوقف التصرف على إجازته محافظة على حقه ، هذا فضلاً عن أن حكم الأصل وهو تصرف الفضولي غير متفق عليه ، فمن الفقهاء من يقول بوقفه ، ومن ثم فإن القياس يكون غير صحيح ، لأن من شرط القياس الأصولي كما أسلفنا أن يكون حكم الأصل متفقاً عليه .

دليل القائلين بالوقف

١ — الراهن حين يتصرف في ملكه المرهون يعتبر كالموصى حين يوصى بجميع ماله^(٢) فينعقد تصرفه موقوفاً على إجازة الورثة فيما زاد على الثلث لتعلق حقهم به ، وكذلك فإن تصرف الراهن ينعقد موقوفاً لتعلق حق المرتهن به .

ويناقش هذا بأن حكم الأصل وهو الوصية بالزائد على الثلث غير

(١) انظر مفتاح الكرامة للعامل ج ٤ ص ٢٦٤ .

(٢) انظر في هذا الجوهرة النيرة على مختصر القدوري الطبعة الأولى بالطبعة الخيرية

١٣٢٢ هـ ج ١ ص ٢٣٣ ، وتبيين الحقائق للزبيلى ج ٦ ص ٨٤ .

متفق عليه ؛ فمن الفقهاء من يقول ببطلانه ، وقد سبق الإشارة إلى بيان آراء الفقهاء في ذلك و شرط القياس الأصولي أن يكون حكم الأصل متفقاً عليه وعلى هذا يكون القياس غير صحيح .

٢ — الرهن كالفضولي^(١) ، بجامع أن كلا منهما يتصرف في مال تعلق به حق الغير ، ففي الحالة الأولى يتعلق بالشئ المرهون حق المرتهن ، وفي الحالة الثانية يتعلق بتصرف الفضولي حق المالك الحقيقي الذي يبيع ملكه دون إذن منه ودون أن تكون للفضولي ولاية التصرف .

وهذا القياس مردود لأنه قياس مع الفارق ، فضلاً عن أن حكم الأصل وهو تصرف الفضولي غير متفق عليه ومن ثم فإن القياس يكون غير صحيح .

وبالنظر في أدلة كل من القائلين بالوقف والقائلين بالبطلان فإنه لا يسعنا إلا أن نرجح أدلة الفريق الأول ؛ لأن القول بالوقف يحقق الحماية للمرتهن وفيه صيانة لحقه .

المطلب الثاني

بيع المرهون في القانون

يصح بيع العين المرهونة رهناً رسمياً أو حيازياً ، لأن الرهن لا يخرج المرهون من ملك الراهن ، غير أن حق الراهن في التصرف في العقار المرهون مقيد بعدم الإضرار بالدائن المرتهن . وقد نصت المادة ١٠٤٣ من التقنين المدني المصري الحالي على أنه : « يجوز للراهن أن يتصرف في العقار المرهون وأى تصرف يصدر منه لا يؤثر في حق الدائن المرتهن » .

ونصت المادة ١٠٤٨ / ٣ على أنه : « وفي جميع الأحوال إذا وقعت

(١) انظر في هذا مواهب الجليل شرح مختصر خليل للعطاب ج ٤ ص ٤٦٩ .

أعمال من شأنها أن تجعل العقار المرهون غير كاف للضمان جاز للدائن المرتهن أن يسعى إلى القاضى يسأله وقف هذه الأعمال واتخاذ الوسائل الكفيلة بتوقي الضرر .

فإذا كان تصرف الراهن فى العقار بالبيع ، فالدائن المرتهن ينفذ حقه فى مواجهة المتصرف إليه ، لأنه حائز للعقار المرهون . كما يستطيع أن يباشر تحت يد الحائز كل الحقوق التى خولها له القانون ، فله أن يتبع ما يكفل حقه من وسائل تنفيذ ووسائل ضمان ، طبقاً لما نص عليه القانون فى المادة ٢٣٤ وما بعدها من التقنين المدنى المصرى الحالى كالدعوى غير المباشرة أى دعوى استعمال حق المدين ، والدعوى البوليصة (دعوى عدم نفاذ التصرف فى حق الدائن) وغيرها .

غير أنه يشترط لذلك أن يكون حق الدائن المرتهن مقيداً قبل تسجيل عقد المشتري ، وفى هذه الحالة فإنه يحتمل مركزاً يستمده من تاريخ قيده للرهن ، وكل تصرف يرد على العقار المرهون بعد هذا القيد لا يلحق الضرر بالدائن ، لأنه لا يسرى فى مواجهته^(١) .

أما التصرفات التى يباشرها الراهن وتؤدى إلى إنقاص الضمان إنقاصاً كبيراً ، فإن للدائن المرتهن الاعتراض عليها ، وذلك كأن يقتطع الراهن جزءاً من العقار المرهون ويبيعه فيترتب على هذا التصرف هبوط قيمته الاقتصادية ، كما لو كان المبيع منزلاً تحيط به حديقة فتباع الحديقة بصفة مستقلة ، فتتأثر تبعاً لذلك القيمة الاقتصادية للمنزل^(٢) .

(١) انظر فى هذا شرح القانون المدنى (عقد البيع والحوالة والمقايضة) للأستاذين أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى الطبعة الثالثة ص ١٨٤ — ١٨٥ ، وانظر أيضاً التأمينات العينية للأستاذ الدكتور شمس الدين الوكيل ص ٢٤٧ — ٢٤٨ طبعة ١٩٥٩ م

(٢) انظر فى هذا التأمينات العينية للدكتور شمس الدين الوكيل ص ٢٤٨ .

وقد نصت على هذا المادة ١٠٤٧ من التقنين المدني المصري الحالي.
فقلت : « يلزم الراهن بضمان سلامة الرهن ، وللدائن المرتهن أن يعترض
على كل عمل أو تقصير يكون من شأنه إنقاص ضمانه إنقاصاً كبيراً ، وله
في حالة الاستعجال أن يتخذ ما يلزم من الوسائل التحفظية وأن يرجع على
الراهن بما ينفق في ذلك » .

ويتبين مما سبق أنه يجوز للمالك التصرف في العين المرهونة بالبيع
بدون إذن المرتهن ، وينفذ تصرفه وتبقى العين محملة بحق الرهن ، بمعنى أنه
يجوز للمرتهن استيفاء حقه من العين ، ولو انتقلت ملكيتها إلى غير المالك
وهذا ما يسمى بحق التتبع^(١) .

ونحن نرى أن ما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية القائلون باعتبار
التصرف في العين المرهونة بالبيع صحيحاً موقوفاً على إجازة المرتهن ، هو
الأولى بالقبول ، إذ أنه يهدف إلى حماية المرتهن والمحافظة على حقه ، فإذا
أجاز البيع نفذ وإن لم يحزه فإنه لا ينفذ حتى يستوفي حقه .

المبحث الثاني

بيع المستاجر

المطلب الأول

بيع المستاجر في الشريعة

ذهب الحنفية إلى أن يبيع المستاجر كبيع المرهون ينعقد صحيحاً موقوفاً
على إجازة المستاجر ، وذلك لتعلق حقه به ، فإن أجاز البيع نفذ وانفسخت
الإجازة ووجب على المستاجر تسليم العين للمشتري ولكن يحق له حبسها
حتى يسترد ما عجله من الأجرة .

(١) انظر في هذا شرح القانون المدني في عقد البيع للأستاذين أحمد نجيب الهلالي وحامد

وإذا لم يحز المستأجر البيع ، فالبيع يتوقف في حقه ، فإذا انقضت الإجارة نفذ البيع ، ووجب تسليم العين إلى المشتري .

وقد نصت المادة ٢٩٩ من مرشد الخيران على أن : « بيع المرهون والمستأجر ينعقد موقوفاً على إجازة المرفهين والمستأجر فإن أجاز المستأجر البيع أو مضت المدة أو انفسخت الإجارة نفذ البيع ، ولا ينزع العقار من يد المستأجر حتى يستوفي ما قدمه من الأجرة غير المستحقة » .

وليس للمؤجر فسخ البيع الذي صدر منه للمشتري^(١) ، أما المشتري فله خيار الفسخ إذا لم يكن يعلم وقت الشراء بأن الشيء مستأجر وله أيضاً حق لمضائه ، وتقرير الفسخ له إنما قصد به حمايته بما قد يحدث من تأخير تسليم المبيع ، فهو عيب يحق له بسببه الفسخ .

وإذا كان المشتري عالماً وقت الشراء بأن الشيء مستأجر يثبت له هذا الخيار عند محمد^(٢) .

ولكن هل يملك المستأجر حق الفسخ ؟

رجح ابن عابدين القول بأن المستأجر لا يملك حق الفسخ كما لا يملك المرفهين فسخ الرهن ، وقيل يملكه المرفهين دون المستأجر ، لأن حق المستأجر في المنفعة بخلاف المرفهين فإن حقه في العين^(٣) .

(١) جاء في الفتاوى الهندية ج ٣ ص ١١٠ : « وليس للراهن والآخر حق الفسخ أصلاً فإن أجاز المستأجر البيع نفذ ولا ينزع العقار من يده حتى يصل إليه ماله كذا في الفصول الهادية » . وانظر أيضاً رد المحتار لابن عابدين ج ٤ ص ١٤٥ .

(٢) جاء في الفتاوى التتارخانية المجلد الثاني مخطوط رقم ٣٤٤ بدار الكتب المصرية : « وبيع المستأجر نظير بيع المرهون موقوف عند طاعة المشايخ وهو الصحيح والمشتري الخيار إذا لم يعلم وقت الشراء أن المشتري مرهون أو مستأجر لتأخر التسليم لحق المرفهين والمستأجر ، وإن كان عالماً به وقت الشراء فكذا عند محمد يثبت له الخيار ، وفي الغياثية له الخيار لأن علم إن شاء تربص وإن شاء نقض » .

(٣) جاء في رد المحتار لابن عابدين ج ٤ ص ١٤٥ : « ووقف بيع المرهون والمستأجر =

وكذلك فإن هناك فرقاً بين بيع المرهون وبيع المستأجر ، فإذا باع المؤجر العين مرتين فأجازة المستأجر للبيع الثاني ليست إلا نزولاً عن حقه في المنفعة ، فتخلص العين من الحق الذي تعلق بها ، وينفذ البيع الأول ، لأنه مقدم على البيع الثاني . أما لو باع الراهن العين مرتين فأجازة المرتهن للبيع الثاني تعتبر بمثابة نزول عن حقه في العين ذاتها لا في المنفعة إلى المشتري الثاني ، فتخلص العين لهذا المشتري وينفذ البيع الصادر إليه دون البيع الصادر إلى الأول ^(١) .

هذا هو رأى الحنفية في حكم بيع العين المستأجرة ينعقد موقوفاً على إجازة المستأجر لتعلق حقه به .

وخالفهم في ذلك جمهور الفقهاء من المالكية ^(٢) والشافعية ^(٣) والحنابلة ^(٤) والشيعة الإمامية ^(٥) فهم يقررون أنه إذا باع المؤجر العين

على إجازة المرتهن والمستأجر ، أى فإن أجازة المرتهن والمستأجر نفذ ، ولكن هل يمكن الفسخ قبل لا وهو الصحيح وقيل يملك المرتهن دون المستأجر لأن حقه في المنفعة ، ولذا لو هلكت العين لا يسقط دينه وفي الرهن يسقط دينه ويجزم في الثانية والثاني ولكن في حاشية الفصول للرملي عن الزيلعي لا يملك المرتهن الفسخ في أصح الروايتين .

(١) في الفتاوى الهندية ج ٣ ص ١١٠ : « إذا باع المستأجر من رجل بغير إذن المستأجر ثم باعه من المستأجر جاز البيع من المستأجر وهو تقض للبيع الأول ، ولو باعه من رجل ثم باعه من آخر فأجاز المستأجر البيع الأول والثاني نفذ البيع الأول وبطل الثاني » . وانظر أيضاً في الفرق بين بيع المستأجر والمرهون البدائع للكاساني ج ٤ ص ٢٠٨ .

(٢) انظر في فقه المالكية الخطاب ج ٥ ص ٤٠٨ .

(٣) انظر لشافعية تحفة المحتاج لابن حجر طبعة بولاق ج ٦ ص ١٩٩ .

(٤) انظر في فقه الحنابلة كتاب الإفصاح عن شرح معاني الصحاح ص ٢٢٥ لأبي الخطاب يحيى بن محمد بن هبيرة الحنبلي التوفى سنة ٥٦٠ هـ الطبعة الأولى ١٣٤٧ هـ / ١٩٢٨ م بالطبعة العلمية بمحلب .

(٥) جاء في مفتاح الكرامة للعامل ج ٧ ص ٨٧ — ٨٨ : « إذا باع المالك العين المستأجرة صح البيع ولا يقع باطلاً فإن لم يكن المشتري عالماً بتغير بين فسخ البيع وإمضاءه مجاناً مسلوب التام إلى آخر المدة فعلى المشتري إن كان عالماً بالإجارة الإمساك عن التصرف حتى =

المستأجرة لغير المستأجر ، فإن البيع يقع صحيحاً نافذاً ، وليس المشتري
حق فسخ البيع إذا علم بالإجارة ، وإلا فله حق الفسخ كالمالك كان هناك عيب
يبرر ذلك .

ومن ثم فإنه يتخلص لنا أن حكم بيع المستأجر رأيين : رأى يقول
بالوقف وإلى هذا ذهب الحنفية ، ورأى يقول بأن البيع يقع صحيحاً نافذاً
، وإلى هذا ذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة والشيعة
الإمامية .

دليل القائلين بالوقف

بيع المستأجر كبيع المرهون ينعقد موقوفاً على الإجارة ، بجامع أن
كلا منهما قد تعلق به حق الغير كالمستأجر والمرتهن ، وتعلق حق الغير
بالمحل ، منع نفاذ العقد ويجعله موقوفاً على إجارة من تعلق حقه به .

ويناقش هذا بأن حكم الأصل وهو بيع المرهون غير متفق عليه ، فمن
الفقهاء من يقول ببطلانه ، ومن ثم فإن القياس يكون غير صحيح ، لأن من
شرط القياس الأصولي أن يكون حكم الأصل متفقاً عليه .

ثم إنه قياس مع الفارق ، فتعلق حق المرتهن يكون بالرقبة أو بالعين
المرهونة ، أما حق المستأجر فيتعلق بالمنفعة وفرق بينهما فيكون القياس
أيضاً غير صحيح .

= تنقضى مدتها ، وإن لم يكن علماً بذلك جاز له الخيار في الرد بالعيب ، ووجه أنه عيب أو
كالعيب أن المنفعة المستوفاة بعقد الإجارة نفوت على المشتري وهو ضرر لأن إطلاق العقد وقع
على ما هو الغالب من وجوب التسليم والانتفاع وقد فاته ذلك فجعل له الشارع الخيار ليخلص من
هذا الضرر فإن شاء فسخ ، وإن اختار الإمضاء لم يكن له الإمضاء مجاناً وذلك لأن ملك
العين إنما يقتضى ملك الثمن تبعاً » .

آخر فلا يكون الإيجار نافذاً في حق ذلك الشخص إذا لم يكن له تاريخ ثابت سابق على التصرف الذي نقل الملكية .

ومفهوم المخالفة لهذا النص هو أن الإيجار يسرى في مواجهة من تنتقل إليه الملكية ، إذا كان له تاريخ ثابت سابق على التصرف الذي أدى إلى نقلها .

فلكي يسرى الإيجار في مواجهة من تنتقل إليه ملكية العين المؤجرة يجب توافر شرطين :

١ - أن يكون الإيجار تاريخ ثابت .

٢ - أن يكون هذا التاريخ الثابت سابقاً على التصرف الذي نقل الملكية^(١) .

ونحن نخلص مما سبق أن المؤجر يملك بيع العين المؤجرة وينعقد بيعه صحيحاً نافذاً دون توقف على إجازة المستأجر ، ويبقى حق المستأجر نافذاً في مواجهته إذا كان له تاريخ ثابت سابق على التصرف الذي نقل الملكية ، فإن لم يكن الإيجار ذا تاريخ ثابت سابق على التصرف الذي نقل الملكية ، فإنه لا يكون نافذاً في حق المالك الجديد^(٢) .

وبالمقارنة بين أحكام كل من الشريعة الإسلامية والقانون في بيع العين المستأجرة ، نجد أن الإيجار في كل منهما يظل سارياً و نافذاً رغم انتقال الملكية إلى الغير ، ولكن أساس استمرار الإيجار يختلف في الشريعة عنه في قانوننا المدني ، ففي الأخير يقع البيع نافذاً في مواجهة المستأجر ، كل ما هنالك هو أن المشتري يلتزم بدوره باحترام الإيجار ، أما في الشريعة

(١) انظر في بيان هذا الرجم السابق ص ٤٩٠ .

(٢) شرح القانون المدني في البيع للأستاذين أحمد نجيب الهلالي وحامد زكي ص ١٨٥ .

فالبائع ذاته لا ينفذ ويتوقف عند من يقول من فقهاء الشريعة بفكرة الوقف على إجازة المستأجر ما لم يجزه ، فإن لم يفعل بقي نفاذ البيع موقوفاً حتى ينتهي حقه^(١) .

ونحن نرى أن الأولى هو القول بعدم نفاذ البيع بالنسبة للمستأجر وتوقفه على إجازته منعاً للضرر عنه ومحافظة على حقه .

(١) وهذا ما نصت عليه المادة ٥٥٣ من مرشد الحيران فقالت : « يمين المأجورة يتوقف نفاذه على إجازة المستأجر فإن أجازته جاز وإن لم يجزه بقي موقوفاً إلى أن يسقط حق المستأجر » . وانظر أيضاً المادة ٥٩٠ من مجلة الأحكام العدلية .

الفصل الرابع

التصرف في الحصة الشائعة بالبيع

المبحث الأول

التصرف في الحصة الشائعة بالبيع في الشريعة

المشاع هو جزء غير محدود في مال مشترك بين اثنين فأكثر .

وقد ذهب فقهاء الحنفية إلى أن لكل واحد من الشركاء في الملك ، الحق في أن يتصرف في حصته كيف يشاء بدون إذن شريكه بجميع التصرفات التي لا تضر شريكه فله أن يبيع حصته لشريكه أو لغيره بدون إذن ، هذا إذا لم تكن الشركة بالخلط والاختلاط فإن كانت بالخلط أو الاختلاط فإنه لا يجوز للشريك أن يتصرف في حصته الشائعة بدون إذن شريكه ، وينعقد تصرفه موقوفاً على إجازة هذا الشريك أو الشركاء الآخرين^(١) ، لأن كل جزء من المال الشائع في حالة الخلط والاختلاط يعتبر يملوكا لجميع الشركاء ، ليس للشريك فيه جزء معين ، فإذا باع لغير شريكه فإنه لا يقدر على تسليمه إلا مخلوطاً بنصيب الشريك فيتوقف على إذنه ، وهذا بخلاف بيعه للشريك فإنه يقدر في هذه الحالة على تسليمه له .

(١) جاء في الفتاوى المهدية ج ٣ ص ٨٩ طبع ١٣٠١ هـ . « بيع أحد الشركاء نصيبه من المشترك بغير الخلط والاختلاط يصح وفي المشترك بأحدهما لا يصح بدون إذن إذا كانت الأشياء المذكورة مشتركة بين الإخوة من الابتداء بأن اشتروها أو ورثوها كان كل جزء منها مشتركاً بينهم فيبيع كل منهم نصيبه شائعاً جائز من الشريك والأجنبي بخلاف ما إذا كانت بالخلط أو الاختلاط فلا يجوز البيع إلا من الشريك ولا ينفذ البيع في نصيب الشريك بدون إذنه أو إجازته » . وجاء في رد المحتار لابن عابدين ج ٤ ص ١٤٦ : « بيع نصيبه من مشترك بالخلط والاختلاط فإنه موقوف على إجازة شريكه » .

فكل واحد من الشركاء في هذه الحالة ممنوع من القيام بكل تصرف يضر بحصة شريكه . فإذا باع أحد الشريكين المال المشترك بدون إذن الآخر . وسلمه للمشتري فلهلك عنده ، فللشريك الآخر أن يضمّن شريكه أو المشتري ، فإن ضمّن الشريك جاز البيع ، وإن ضمّن المشتري رجّع المشتري بنصف الثمن على بائعه .

وإذا كانت الشركة بسبب الميراث أو الشراء أو الهبة ، فإنه يجوز بيع الشريك نصيبه لشريكه ، ويجوز البيع للأجنبي موقوفاً على إجازة الشريك الآخر (١) .

وإذا باع الشريك حصته الشائعة في عقار فهل ينصرف ذلك إلى نصيبه ؟ وما هو الحكم لو باع فضولي لا ولاية له في التصرف نصف العقار المملوك مشاركة بين اثنين ؟

جاء في الفتاوى الهندية : إذا باع أحد الشريكين نصف الدار مشاعاً ينصرف ذلك إلى نصيبه ، ولو باع فضولي نصف الدار المشتركة بين رجلين ينصرف البيع إلى نصيبهما ، فإن أجاز أحدهما صح في النصف الذي هو نصيب المجيز . وهذا قول أبي يوسف رحمه الله تعالى وقال محمد وزفر رحمهما الله تعالى البيع جائز في ربعها (٢) .

(١) جاء في الفتاوى الهندية ج ٣ ص ١٥٤ الطبعة الثانية الأميرية ١٣١٠ هـ : « ولو كانت ثياب بين رجلين أو غنم أو ما أشبه ذلك مما ينقسم فباع أحدهما حصته من شاة أو ثوب فإنه يجوز وليس لشريكه أن يبطله في زواية محمد رحمه الله تعالى وفي رواية الحسن بن زياد لا يجوز إلا بإجازة شريكه وبه أخذ الطحاوي رحمه الله تعالى كذا في المحيط » . وفي نفس المرجع ص ١٥٥ : « بئر وأرض بين رجلين باع أحدهما نصيبه من البئر بطريقه في الأرض جاز اليم في البئر ولا يجوز في الطريق وهو الصحيح ويتوقف على إجازة صاحبه فلو أجاز شريكه جاز البيع في الكل وإن باع نصف البئر بغير طريق جاز هكذا في محيط السرخسي » . وانظر أيضاً شرح الجامع الوجيز المعروف بالفتاوى البزازية مخطوط رقم ٣٤٣ بدار الكتب المصرية .

(٢) الفتاوى الهندية ج ٣ ص ١٥٤ .

وبرأى الحنفية في القول بانعقاد تصرف الشريك بالبيع للأجنبي موقوفاً على إجازة الشريك الآخر إذا كانت الشركة بالخلط والاختلاط — أخذ صاحب مرشد الحيران فنصت المادة ٣٦٩ على أن : « لكل واحد من الشركاء في الملك أن يتصرف في حصته كيف شاء بدون إذن شريكه بجميع التصرفات التي لا يترتب عليها ضرر لشريكه ، فله بيع حصته ولو من غير شريكه بلا إذن إلا في صورة الخلط والاختلاط ، فإنه لا يجوز البيع من غير شريكه بلا إذنه ، وليس له أن يتصرف في حصته تصرفاً من التصرفات الضارة بدون إذن شريكه »^(١) .

وإلى ما ذهب إليه الحنفية جنح المالكية^(٢) والشافعية^(٣) وفي إحدى الروايتين عند الحنابلة^(٤) ، كما ذهب إلى ذلك الشيعة الزيدية^(٥) والإمامية^(٦)

(١) انظر في نفس المعنى المادتين ٢١٤ ، ٢١٥ من مجلة الأحكام العدلية وشرح المجلة للأستاذ سليم رستم باز ج ١ ص ٩١ .

(٢) انظر في فقه المالكية شرح الحرشي على مختصر خليل ج ٦ ص ٤٥ طبعة ١٣١٧ هـ فقيه « تصرف الإنسان في مال نفسه لا يحتاج فيه الإذن قلت قد علمت أن كل واحد باع بعض ماله ببعض مال الآخر على وجه الشبوع فيحتاج في تصرفه في ماله للذن بذلك » .

(٣) جاء في نهاية المحتاج ج ٥ ص ٩ طبعة ١٣٥٧ هـ / ١٩٣٨ م : « ولكن لا يتصرف أحدهما (الشريكان) إلا بإذن الآخر » . وانظر أيضاً الوجيز للقرائي ج ١ ص ١٨٦ طبعة ١٣١٧ هـ .

(٤) جاء في المعنى لابن قدامة ج ٥ ص ١٥٠ طبعة ١٣٤٧ هـ : « الشريك إذا فعل ما لم يؤذن فيه فإن هذا يشبه البيع الصادر من الأجنبي ويكون البيع باطلاً لأنه خالف مقتضى الإذن ، أما على الرواية الأخرى في المذهب التي تقرر أن البيع الصادر من الأجنبي يقف على الإجازة فيمكن أن يقاس تصرف الشريك عليه » .

(٥) جاء في كتاب المنتزع المختار في فقه الشيعة الزيدية ج ٣ ص ٤٦ — ٤٧ : « وينفذ البيع في نصيب العاقد إذا كان شريكاً فأما نصيب الشريك فوقوف على إجازته فإن أجاز صح ، وإلا صح في نصيب العاقد فقط غالباً احترازاً من بعض الصور وذلك بحيث يكون نفوذه في نصيب الشريك يحصل به ضرر على الشركاء فإنه لا ينفذ في نصيبه إذا لم يجزوا » . وانظر أيضاً البحر الزخار ج ٣ ص ٣٣٠ .

(٦) انظر في فقه الشيعة الإمامية مفتاح الكرامة للعاملي ج ٧ ص ٨٧ .

فهم يقولون بانهقاد تصرف الشريك في حصته الشائعة موقوفاً على إجازة الشريك الآخر وإذنه .

وذهب أهل الظاهر^(١) وكذا الحنابلة^(٢) في الرواية الأخرى في المذهب إلى أن تصرف الشريك في الحصة الشائعة ينعقد باطلا سواء أكان هذا الجزء قليلا أم كثيراً وسواء أكان التصرف بالبيع أو الإجارة ؛ أم بالهبة أو الوقف .

ومن ثم فإنه يتلخص لنا أن هناك رأيين في حكم تصرف الشريك في الحصة الشائعة إذا كانت الشركة بالخلط والاختلاط .

١ — رأى يقول بالوقف وإلى هذا جنح الحنفية والمالكية والشافعية والشيعة الزيدية والإمامية وفي إحدى الروايتين عند الحنابلة .

٢ — رأى يقول بالبطلان وإلى هذا ذهب الظاهرية وكذا الحنابلة في الرواية الأخرى في المذهب .

أدلة القائلين بالوقف

١ — استدلوا بقول الرسول صلى الله عليه وسلم : « من كان له شريك

(١) جاء في المحلى لابن حزم ج ٨ ص ١٣٣ مسألة رقم ١٢٥٦ : « ولا يحل لأحد الشركاء إنقاذ شيء من الحكم في جزء معين مما له فيه شريك ولا في كله سواء قل ذلك الجزء أو أكثر لا بيع ولا صدقة ولا هبة ولا إصداق ولا إقرار فيه لأحد ولا تحييس ، ولا غير ذلك كمن باع ربه هذا البيت أو ثلث هذه الدار أو ما أشبه ذلك ، أو كان شريكاً حاضراً أو مقاسمته له ممكنة ، لأن كل ما ذكرنا كسب على غيره لأنه لا يدرى أبيع له عند القسمة ذلك الجزء أم لا وقد قال الله تعالى : « ولا تكسب كل نفس إلا عليها ولا تزر وازرة وزر أخرى » . وقال صلى الله عليه وسلم : « إن دماءكم وأموالكم عليكم حرام » . وجاء في المسألة رقم ١٢٥٧ من نفس المرجع : « فإن وقع شيء مما ذكرنا فسخ أبداً سواء وقع ذلك الشيء بعينه بعد ذلك في حصته أو لم يقع لا ينفذ شيء مما ذكرنا أصلاً لقوله صلى الله عليه وسلم : « كل عمل ليس عليه أمرنا فهو رد » .

(٢) انظر في فقه الحنابلة المغنى لابن قدامة ج ٥ ص ١٥٠ .

فى نخل أو أربعة فليس له أن يبيع حتى يؤذن شريكه فإن رضى أخذ وإن كره ترك^(١).

ووجه الدلالة من هذا الحديث أن يبيع الشريك حصته الشائعة والمختلطة بحصة شريكه ينعقد موقوفاً على إجازة هذا الشريك منعاً للضرر الذى قد يحمق به .

٢ — تصرف الشريك فى الحصة الشائعة بالبيع كتصرف الموصى فى القدر الزائد على الثلث كتصرف المدين الضار بمصلحة الغرماء ؛ ينعقد موقوفاً على الإجازة لتعلق حق الغير به .

ويناقد هذا بأن حكم الأصل غير متفق عليه ، فمن الفقهاء من يقول ببطان تصرف كل من الموصى فى القدر الزائد على الثلث ، وتصرف المدين الضار بمصلحة الغرماء فىكون القياس غير صحيح .

٣ — البيع الصادر من الشريك كإبيع الصادر من الفضولى حين يبيع ملك الغير^(٢) بجامع أن كلا منهما يتصرف فى مال تعلق به حق الغير ، فالشريك يعتبر كالفضولى بالنسبة للتصرف فى الحصة الشائعة إذا كانت الشركة بالخلط والاختلاط ، فيعتبر كأنه قد باع ماله ومال شريكه فيقف على إجازة الشريك .

ويناقد هذا بأنه قياس مع الفارق ، فالفضولى حين يتصرف فى مال الغير بالبيع ونحوه ، إنما يتصرف فى مال غير مملوك له فينعقد تصرفه موقوفاً على إجازة المالك أو صاحب الحق فى الإجازة ، أما هنا فالشريك يتصرف فى مال مملوك له ملكية شائعة ومختلطة بحق شريكه أو شركائه الآخرين . وهذا فضلاً عن أن قياس الشريك فى هذه الحالة على الفضولى

(١) انظر فى تفريغ هذا الحديث النووى على صحيح مسلم ج ٤ ص ٧٠ ، وانظر فى استدلال الحائلة بهذا الحديث لإعلام اللوقين لابن القيم ج ٢ ص ٢٥٠ .

(٢) المفتى لابن قدامة ج ٥ ص ١٥٠ طبعة ١٣٤٧ هـ .

قياس غير أصولي لأن من شرطه أن يكون حكم الأصل متفقاً عليه ، فمن الفقهاء من يقول ببطلان تصرف الفضولي فيكون القياس غير صحيح .

دليل القائلين بالبطلان

استدل هؤلاء الفقهاء بقوله تعالى « ولا تكسب كل نفس إلا عليها ولا تزر وازرة وزر أخرى »^(١) .

كما استدلوا من السنة بقوله صلى الله عليه وسلم : « كل عمل ليس عليه أمرنا فهو رد »^(٢) وقوله عليه السلام : « إن دماءكم وأموالكم عليكم حرام »^(٣) .

ووجه الدلالة من هذه النصوص أن تصرف الشريك في الحصة الشائعة قبل القسمة يعتبر تصرفاً باطلاً ، لأن الشريك لا يدري حين تصرفه هل يقع الجزء الذي تصرف فيه بالبيع له عند القسمة أم لا^(٤) ، فيكون كن باع ملك غيره بغير إذنه وبيع ملك الغير عندهم باطل لا موقوف .

وهذا القياس مردود ، لأنه قياس مع الفارق ، فضلاً عن أن حكم الأصل غير متفق عليه فيكون القياس غير صحيح .

وبالنظر في أدلة كل من القائلين بالوقف ودليل القائلين بالبطلان فإنه يترجح لنا الرأي الأول لأن فيه تحقيقاً لمصلحة الشريك أو الشركاء الآخرين في الملك ، كما يمنع الوقف ما قد يحدث لهم من أضرار تنجم عن تصرف الشريك ، والضرر ممنوع وتجب إزالته .

(١) سورة الأنعام ج ٨ آية ١٦٤ .

(٢) روته السيدة عائشة رضى الله عنها عن النبي صلى الله عليه وسلم بسند صحيح (انظر في هذا الجامع الصغير في الأحاديث السيوطي الشافعي ج ٢ ص ٥٣٩ مطبعة مصطفي محمد مصر) .

(٣) انظر نيل الأوطار للشوكاني ج ٥ ص ٢٦٨ .

(٤) انظر المحلى لابن حزم ج ٨ ص ١٣٣ مسألة رقم ١٢٥٦ .

المبحث الثاني

التصرف في الحصة الشائعة بالبيع في القانون

نمريه :

عرفت المادة ٨٢٥ من التقنين المدني المصري الحال الشروع بقولها :
« إذا ملك اثنان أو أكثر شيئاً غير مفرزة حصة كل منهم فيه فهم شركاء
على الشيوع وتحسب الحصص متساوية إذا لم يقيم دليل على غير ذلك » .
فالحصة التي يملكها الشريك في الشيوع تعتبر شائعة في كل المال ، ولا
تتركز في جانب منه بالذات (١) .

والتصرف في الحصة الشائعة يتم على النحو التالي .

قد يقوم بالتصرف الشركاء جميعاً في المال الشائع وهذه الحالة لا تثير
صعوبة فالتصرف يعتبر نافذاً في حق جميع الشركاء .

وقد يقوم أحد الشركاء بالتصرف في المال الشائع كله (٢) ، وفي هذه
الحالة يعتبر تصرفه فيما زاد على نصيبه الشائع في المال وارداً على ملك الغير
وتتطبق هنا أحكام المادة ٤٦٦ من التقنين المدني المصري الحال فلا يسرى
التصرف في مواجهة الشركاء الآخرين ولهم أن يطلبوا ذلك دون انتظار
لنتيجة القسمة ، كما يحق للبشترى أن يطلب إبطال البيع فيما زاد على نصيب
البائع ، كما يستطيع أيضاً إبطال البيع بالنسبة لجميع المال إذا كان يجهل أن
المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة على أساس الغلط (٣) .

(١) عقد البيع للدكتور أنور سلطان ص ٣٩٦ الطبعة الأولى ١٩٥٩ م .

(٢) حق الملكية للأستاذ الدكتور محمد علي عرفة ص ٤٠٣ طبعة ١٩٥٠ م وعقد
البيع للدكتور أنور سلطان ص ٣٩٨ .

(٣) الحقوق المبنية الأصلية للدكتور عبد المنعم فرج الصدة ص ١٩٩ — ٢٠٠ طبعة

وتعرض الصعوبة حين يقوم أحد الشركاء أو البعض منهم بالتصرف في حصته دون موافقة سائر الشركاء ، وفي هذه الحالة قد يرد التصرف على حصة المتصرف الشائعة ، كما قد يرد على حصة مفرزة من المال الشائع . وهذا ما أوضحه في المطلبين الآتيين :

المطلب الأول

تصرف الشريك في حصته الشائعة بالبيع في القانون

للمالك على الشيوع أن يتصرف في حصته الشائعة بكافة أنواع التصرفات ، كما أن له أن يستعمل حقه وأن يستغله بشرط عدم الإضرار بحقوق الشركاء الآخرين . وقد نصت على ذلك المادة ٨٢٦ من التقنين المدني المصري الحالي في فقرتها الأولى فقالت : كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكاً تاماً ، وله أن يتصرف فيها ، وأن يستولى على ثمارها وأن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء .

وبناء على ذلك فإنه يجوز للمالك على الشيوع أن ينقل ملكية نصيبه للغير بالبيع ونحوه ، ويكون تصرفه صحيحاً نافذاً في حق غيره ، لأن التصرف ورد في نطاق حقه .

ولكن يلاحظ أن تصرف الشريك في حصته الشائعة في عقار معين بالبيع لأجنبي ، يخول باقي الشركاء حق المطالبة بأخذ هذه الحصة بالشفعة (م ٢/٩٣٦ مدني مصري) ، كما يجوز لكل شريك أيضاً أن يسترد الحصة الشائعة المباعة لأجنبي ، إذا كانت في منقول أو في مجموع من المال وفقاً للإجراءات التي بينها القانون في المادة ٨٣٣ من التقنين المدني المصري^(١) .

(١) انظر في هذا الوسيط في حق الملكية للأستاذ الدكتور السهوري ج ٨ ص ٨٤٣ فقرة ١٢ طبع ١٩٦٧ م ، وانظر أيضاً الحقوق العينية الأصلية للأستاذ الدكتور عبد المنعم البدر أوى =

المطلب الثاني

تصرف الشريك في حصة مفرزة من المال الشائع بالبيع

نصت المادة ٨٢٦/٢ من التقنين المدني المصري الحالي على أنه : «إذا كان التصرف منصّباً على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريق القسمة ، وللتصرف إليه إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة الحق في إبطال التصرف ، .

ونحن نلاحظ أن هذا النص يشمل جميع أحوال التصرف وليس البيع فقط كما نلاحظ من جهة أخرى ، أنه لم يبين صراحة حكم التصرف إلا بعد القسمة ، ولم يذكر حكمه بين العاقدین ولا بالنسبة لسائر الشركاء قبل القسمة .

لهذا كان من الضروري أن نبين حكم التصرف في الحالتين :

الفصل الأول

حكم التصرف قبل القسمة

نوضح فيما يلي حكم التصرف قبل وقوع القسمة ، سواء بالنسبة لطرفي التصرف أم بالنسبة لسائر الشركاء .

أثر تصرف الشريك في حصة

مفرزة بالنسبة للمتعاقدين

(١) قبل صدور القانون المدني المصري الحالي :

الأصل أن الشريك في الشيوع لا يجوز له أن يتصرف في حصة مفرزة من المال الشائع ، لأن حق الشريك لا يقع على جزء معين بل يقع على المال جميعه ، دون أن يتحدد هذا الحق مادياً ، فسائر الشركاء يجمعونه في هذا الحق على الشيء (١) .

ولهذا فإن تصرف الشريك في جزء مفرز يعتبر في جزء منه وارداً على ملك الغير ، ويجوز بالتالي للتصرف إليه أن يطالب بإطلانه حتى قبل وقوع القسمة ، ودون انتظار نتيجهها . وقد أخذت بعض المحاكم بهذا الرأي (٢) ، واشترطت بعض الأحكام أن يكون المشتري غير عالم بحالة الشيوع ، حتى تقبل دعوى البطلان منه (٣) .

ولكن معظم الأحكام يعلق حكم البيع على نتيجة القسمة ، فإذا وقع الجزء موضوع التصرف في نصيب المتصرف نفذ البيع بأثر رجعي ، وإلا اعتبر كأن لم يكن ، ولذلك لا يجوز للمشتري أن يطلب إبطال هذا البيع قبل القسمة (٤) .

وقد أشارت إلى هذا الخلاف محكمة النقض في حكمها الصادر بجلسته ١٦ يونيه سنة ١٩٣٢ فقالت : « لأنه وإن اختلف الفقه والقضاء في حكم بيع الشريك جزءاً مفرزاً من مال مشاع ، هل يقع صحيحاً في حصة البائع منه

(١) انظر في هذا الحقوق العينية الأصلية للأستاذ الدكتور عبد المنعم البدر اوى من

(٢) استئناف غنطاط ٢٠ يونيه ١٩١٢ ، المجموعة ٢٤ ص ٤١٧ .

(٣) استئناف مصر ١٨ فبراير سنة ١٩٣٢ م ، المحاماة ١٣ رقم ٣٤ ص ١٩١ .

(٤) استئناف مصر ٢٤ أبريل سنة ١٩٤٠ م ، المحاماة ٢١ رقم ٣١ ص ٤٦ .

وباطلا في حصص شركائه ، أم يقع موقفاً على نتيجة القسمة بين جميع الشركاء ، وإنما وقع اختلافهم هذا في تقرير حكم هذا العقد بين عاقيه ، فمن ذهب إلى اعتباره باطلا جعل للمشتري حق إبطاله من يوم العقد لما فيه من تفريق الصفقة عليه ، ومن رأى أنه يبيع موقوف لم يجعل للمشتري سيلا إلا بالقسمة وخروج المبيع من حصة بائه ،^(١) .

هذا هو موقف القضاء قبل صدور التقنين المدني المصري الحالي فهل تضمن نص المادة ٨٢٦ حكماً للتصرف قبل وقوع القسمة ؟
هذا ما نوضحه فيما يلي :

(ب) بعد صدور القانون المدني المصري الحالي :

١- ذهب بعض الفقهاء إلى أن المستفاد من نص المادة ٨٢٦ المذكورة ، هو أن المشرع قد أخذ بالاتجاه الغالب في الفقه والقضاء ، فاعتبر التصرف موقفاً في الأصل على نتيجة القسمة^(٢) .

وطبقاً لهذا الرأي فإنه لا يحق للمشتري طلب إبطال البيع استناداً إلى أحكام المادة ٤٦٦ من التقنين المدني المصري الخاصة بإعلان بيع ملك الغير لأن بيع الحصة المقرزة من المال الشائع لا يمكن اعتباره بيعاً للملك الغير ، ولكن المشتري إذا انزعج أن بائه لا يملك ما باع ملكية فردية خالصة ، استطاع إذا ماكن لإثبات الغلط أن يبطل العقد بسبب تعيب الرضاء^(٣) .

وذهب البعض الآخر من الفقهاء ، إلى أن المادة ٨٢٦ لا تفيد اعتمادها

(١) قض ١٦ يونيو سنة ١٩٣٢ ، المحاماة ١٣ رقم ٦٤ ص ١٦٩ .

(٢) انظر من هذا الرأي حق الملكية للدكتور محمد علي عرفة فقرة رقم ٢٨٨ ص ٤٠١ .
وانظر أيضاً الدكتور شفيق شحاتة في الأموال فقرة ١٤١ ص ١٦٩ .

(٣) انظر في هذا الأموال للدكتور شفيق شحاتة في الموضع السابق .

الرأى القائل بعدم جواز الإبطال قبل القسمة ، ولكن المشرع قصد بها فقط تقرير مبدأ الحلول العيني علاجاً للمضار التي تترتب على الأثر الكاشف للقسمة ، وعلى ذلك يكون بيع الشريك حصة مفرزة حكمه حكم بيع ملك الغير فيجوز للمشتري إبطاله سواء أكان عالماً بالشيوع أم غير عالم به^(١) .

ويفرق بعض الفقهاء بين حالتين :

الحالة الأولى : إذا كان المشتري يعلم وقت البيع أن البائع لا يملك الحصة المباعة ملكية مفرزة وقع البيع صحيحاً ، بمعنى أنه لا يجوز للمشتري قبل القسمة أن يطلب إبطال البيع ، بل يعتبر مالكا على الشيوع بنسبة الجزء الذى اشتراه ، لأنه لا يمكن أن تكون له حقوق أكثر من سلفه ، وسلفه لم تكن له ملكية مفرزة بل ملكية شائعة .

كذلك فإنه لا يجوز للمشتري بعد القسمة طلب إبطال البيع ولو لم تقع الحصة المباعة فى نصيب البائع ، بل ينتقل حقه إلى الحصة التى وقعت فى نصيب هذا الأخير^(٢) وذلك استناداً إلى نظرية الحلول العيني^(٣) .

الحالة الثانية : إذا كان المشتري يحمل وقت البيع أن البائع لا يملك الجزء المباع ملكية مفرزة ، فإن له الحق فى أن يطالب بإبطال العقد على

(١) عقد البيع للأستاذ الدكتور سليمان . رقس ، ومحمد على إمام ص ٤٦٩ وما بعدها فقرة

٢٨٧ .

(٢) الحقوق العينية الأصلية للأستاذ الدكتور عبد المنعم البدرأوى ص ١٦٢ ، وعقد البيع للدكتور أنور سلطان ص ٣٩٧ - ٣٩٨ ، والحقوق العينية الأصلية للدكتور حسن كبرة الطبعة الأولى ١٩٥٨ م ج١ ص ٣٤٠ - ٣٤١ ، والتأمينات العينية للدكتور شمس الدين الوكيل ص ٩٧ .

(٣) جاء فى نظرية الحلول العيني للدكتور منصور مصطفي منصور ص ٢ القاهرة ١٩٥٣ م : « الحلول بصفة عامة هو التبدل القانوني ، فإذا كنا بصدد تبديل شخص بآخر كان الحلول شخصياً وإذا تبدلت عين بأخرى سمي الحلول عينياً ، فالحلول العيني هو التبدل القانوني لعين بأخرى » .

أساس الخلط في صفة جوهرية من صفات المبيع ، وهي كونه مملوكاً ملكية مفرزة للبائع ، ولأنه قصد شراء حصة مفرزة لا حصة شائعة .

أما بعد القسمة فيمتنع عليه أن يطالب بإبطال العقد إذا وقع الجزء المبيع في نصيب البائع ، في حين أنه يجوز له ذلك إذا لم تقع في نصيبه ، على أساس أن المبيع لم يكن وقت البيع مملوكاً للبائع ، لأن القسمة كاشفة للحق . فيعتبر المتقاسم الذي آلت إليه الحصة المبيعة مالكا لها منذ أن تملك في الشيوع^(١) .

أثر تصرف الشريك في حصة

مفرزة بالنسبة لسائر الشركاء

ذهب بعض الفقهاء إلى أن تصرف الشريك في الحصة الشائعة بالبيع على انفراد في جزء مفرز من المال الشائع ، يعتبر تصرفاً صحيحاً فيما بين المتعاقدين لا اعتباره صادراً من مالك^(٢) ، ولكنه يعتبر في نفس الوقت غير نافذ في حق باقي الشركاء ، ومن ثم فإن التصرف الذي يجريه أحد

(١) عقد البيع للأستاذ الدكتور أنور سلطان ص ٣٩٨ ، والخفوق العيفية الأصلية للأستاذ الدكتور عبد المنعم البدرأوى ص ١٦٢ .

(٢) جاء في حكم المحكمة النقض بجلسته ١٩٥٦/٦/٢٨ - مجموعة أحكام محكمة النقض - السنة السابعة رقم ١٧ ص ٨٦٠ : « ليس ثمة ما يمنع البائع وإن كان مالكا على الشيوع أن يبيع ملكه محذراً مفرزاً ، وأن حالة التجديد هذه وإن ظلت موقوفة أو معلقة على نتيجة القسمة أو لإجازة الشريك على الشيوع إلا أن هذا كله لا يبطل عقد البيع ، وتسجيل المشتري لمقدمه ، تنتقل الملكية إليه ويصبح شريكاً لباقي الشركاء يجب خصامته في دعوى القسمة . إن لم يجز هؤلاء الباقون من الشركاء عقده ، وعلى ذلك فإنه ليس للمستحق سواء كان شريكاً على الشيوع أو متلقياً ملكه من شريك على الشيوع - أن يدعى الاستحقاق في المبيع إلا بعد القسمة ووقوع المبيع في نصيبه هو لافي نصيب البائع لذلك المشتري وهذا الذي استقر عليه قضاء هذه المحكمة في ظل القانون المدني القديم هو ما أخذ به القانون المدني الحالي في المادة ٨٢٦ منه » .

الشركاء لا يحتج به بصفته تصرفاً منفرداً قبل الشركاء الآخرين الذين لم يوافقوا عليه من قبل أو لم يقرروه بعد^(١).

ويقرر بعض الفقهاء أنه ليس لسائر الشركاء طلب إبطال تصرف الشريك في حصة مفرزة من المال الشائع، لأن البطلان كما أوضحنا مبني هنا على أساس الخلط، وليس لغير المتعاقد التمسك به، ويقتصر أثر بيع الحصة المفرزة على حلول المشتري كشريك على الشيوع محل البائع فيعتبر هو لا البائع شريكاً لسائر الشركاء، وعلى هذا النحو يتحدد مركز المشتري بالنسبة لسائر الشركاء، ولذلك يكون للشركاء الحق في طلب الاسترداد، لا للحصول على جزء مادي معين من المال الشائع، بل للاعتراف لهم بحقوقهم شائعاً في المال الشائع^(٢).

هذا ويلاحظ أنه إذا أجاز باقي الشركاء تصرف الشريك البائع أخذت هذه الإجازة حكم القسمة، وفي هذا المعنى قضت محكمة النقض المصرية فقالت: «إذا طلب بعض الورثة تثبيت ملكيته لنصيبه شائعاً، وتبينت المحكمة من تقرير الخبير الذي ندب في الدعوى أنه بعد أن تصرف أحد الورثة في جزء محدود من الأطنان المتخلفة عن المورث، تصرف سائرهم بالبيع في أنصبتهم محدودة كذلك، وتسلم المشترون منهم ما اشتروه وأصبحوا جميعاً لا يملكون شيئاً من هذه الأطنان، ثم رأت أن تصرف سائر الورثة على هذه الصورة فيه إجازة لما تصرف فيه ذلك الوارث وأن هذا التصرف وقع صحيحاً، لأنه كان في حدود القدر الذي يملكه بالميراث، ولذلك قضت برفض الدعوى، فقضاؤها سليم، ولا يمنع من صحة هذا النظر أن يكون تصرف

(١) الوسيط للأستاذ الدكتور السنهوري في حق الملكية ج ٨ ص ٨٧٣ فقرة ٥٣١.
وانظر أيضاً الحقوق العينية الأصلية الجزء الأول في حق الملكية ص ١٣٨ فقرة ٦٧ للدكتور
إسماعيل غانم طبعة ١٩٥٩ م، والحقوق العينية الأصلية للدكتور حسن كيرة ج ١ ص ٣٤٠/
٣٤١ الطبعة الأولى ١٩٥٨ م.

(٢) انظر في هذا الحقوق العينية الأصلية للأستاذ الدكتور عبد المنعم البراوي ص ١٦٣.

من عدا الوارث الأول لاحقاً لتصرفه ، لأن تصرفه هذا ما كان ليرغمهم على قبوله ، بل كان لهم حق الاعتراض عليه قانوناً ، وما داموا قد تابعوه وتصرفوا في أنصبتهم على التحديد كما فعل هو ، فإن تصرفهم هذا يدل على رضائهم بهذه القسمة الفعلية التي تمت بفعل جميع الورثة على السواء^(١) .

فهذا الحكم كما هو واضح — لم يستبعد دعوى طلب تضييع النصيب الشائع لذاته ، وإنما لحصول قسمة فعلية ، ثم إن الحكم قد أشار إلى أن لسائر الشركاء الاعتراض قانوناً على تصرف الشريك في النصيب المحدد ، ويعتبر تصرفهم بعد ذلك إجازة للتصرف الأول ، ورضاء بالقسمة^(٢) .

الفرع الثاني

حكم التصرف بعد القسمة

لم يرد في المجموعة المدنية المصرية القديمة نص خاص بتصرف الشريك في الحصة المفروزة ولا في المال الشائع كله ، ولذلك يجب الرجوع إلى القواعد العامة ، وعلى الخصوص ما هو مقرر من أن القسمة ذات أثر كاشف .

ويؤدي تطبيق هذه القواعد العامة ، إلى أنه إذا وقع الشيء موضوع التصرف بعد القسمة في نصيب الشريك المتصرف ، صح التصرف ونفذ ، لأنه يكون قد ورد على مال مملوك للبائع ملكاً خاصاً ، فإن لم يقع في نصيب المتصرف أخذ حكم بيع ملك الغير ، وجاز للبشترى طلب إبطاله .

ولكن المشرع في التقنين المدني المصري الحالي ، أراد أن يضيق في هذا

(١) حكم محكمة النقض المصرية في ٢١ ديسمبر سنة ١٩٤٤ بمجموعة عقود عمر ج ٤ رقم

١٧٧ ص ٥٠٣ .

(٢) الحقوق العينية الأصلية للأستاذ الدكتور عبد المنعم البراوي ص ١٦٥ هامش (١) .

البطلان حرصاً منه على استقرار المعاملات ، فأورد نص المادة ٢/٨٢٦ سالف الذكر .

ويخلص من هذا النص ، أنه إذا تصرف الشريك المشتاع في حصة مفروزة من المال الشائع ، ولم تقع هذه الحصة المتصرف فيها في نصيبه عند القسمة فإن التصرف لا يكون باطلاً ، ولكنه ينتقل من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريق القسمة ، ومعنى هذا أن الجزء الذي وقع بالقسمة في نصيب الشريك المتصرف يحل محل الجزء الذي ورد عليه التصرف أصلاً ، ويعتبر التصرف وارداً عليه من وقت إبرامه ، فينتقل إليه حق المتصرف إليه بموجب التصرف ، ولا يكون الحق على الجزء الذي وقع عليه التصرف في الأصل ، وقد أخذ المشرع في ذلك بفكرة الحلول العيني^(١) . ولم يسمح المشرع للمتصرف إليه بطلب البطلان ، إلا إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفروزة ، أما إذا كان يعلم ذلك فليس له الحق في طلب البطلان ، وينتقل التصرف إلى الجزء الذي وقع في نصيب المتصرف بعد القسمة .

وهذا البطلان — كما هو واضح — لم يؤسسه المشرع على بطلان التصرف في ملك الغير ، لأن بطلان التصرف في ملك الغير يميز للتصرف إليه طلب البطلان بغض النظر عن علمه أو عدم علمه بأن الشيء مملوك للغير ، وإنما أسس المشرع هذا البطلان على الغلط ، فالمتصرف إليه إذا كان يجهل أن العين شائعة يكون قد وقع في غلط في صفة جوهرية في الشيء ، الأمر الذي يسمح له بطلب البطلان على هذا الأساس .

الصعوبات التي يثيرها تطبيق الحلول العيني

إذا تأملنا نجد أن المشرع وفقاً لأحكام المادة ٢/٨٢٦ سالفة الذكر لم يبين الإجراءات التي يجب اتباعها في حالة انتقال حق المتصرف إليه عموماً

(١) انظر في هذا الحقوق العينية الأصلية للأستاذ الدكتور عبد المنعم البدر اوى ص ١٥٧ ..

— كالمشترى لحصة مفرزة — إلى الجزء الذى وقع فى نصيب الشريك بطريق القسمة غير ما تصرف فيه بالفعل ، ومن الطبيعى ألا يقع هذا الانتقال على النصيب بعد القسمة إلا بقدر قيمة الجزء المتصرف فيه أصلا ، فإذا كان ما وقع فى نصيب الشريك المتصرف يساوى بالضبط الجزء المفرز الذى تصرف فيه انتهى الأمر دون صعوبة أو إشكال .

وقد يحدث أن يزيد الجزء المفرز الذى ورد عليه التصرف أو ينقص عن النصيب الذى اختص به الشريك بعد القسمة ، وهنا تثور الصعوبات فى تطبيق مبدأ الحلول العينية الذى وضعته المادة ٢/٨٢٦ وتركته بغير تنظيم .

هذا بالإضافة إلى أنه إذا كان التصرف وارداً على عقار ، فهل يلزم إجراء شهر جديد عند تعيين العقار الذى ينتقل إليه التصرف أم لا يلزم ذلك ؟

إن كل هذه المسائل قد تركها القانون دون تنظيم ، وهذا لا شك قصور فى التشريع ، مع ما لهذه المسائل من أهمية بالغة فى العمل^(١) .

أما فيما يتعلق بتحديد الجزء من النصيب المفرز الذى ينتقل إليه التصرف بعد القسمة ، فيجب أن يجرى على أساس قيمة الجزء الذى وقع عليه التصرف ، وقيمة الجزء الذى ينتقل إليه هذا التصرف ، وترتب حقوق الطرفين على هذا الأساس بإلزام أحدهما بدفع فرق القيمة ، ويجب الرجوع فى تقدير هذه القيمة إلى وقت التصرف لا إلى وقت القسمة ؛ لأن حق المتصرف إليه ينتقل إلى الجزء المفرز الذى وقع فى نصيب المتصرف من وقت التصرف لا من وقت القسمة ، كما تقضى بذلك المادة ٢/٨٢٦ ، وعند حصول خلاف بين الطرفين فى هذا الشأن ، فإنه لا مناص من رفع دعوى

(١) الحقوق العينية الأصلية للأستاذ الدكتور عبد المنعم البدر اوى ص ١٥٩ .

عادية لتحديد حقوق كل منهما ، ولا يكتفى هنا بمجرد أمر على عريضة من القاضي^(١) ، لأن اختصاص القاضي بإصدار أوامر على عرائض ، يجب أن يكون مقصوراً على الحالات المبينة في القانون ، ولأننا هنا بصدد نزاع قضائي بالمعنى الصحيح ، أما فيما يتعلق بوجوب إجراء تسجيل أو قيد على القدر الذي اختص به المتصرف إليه ، فإن الشراح - قياساً على ماقدرته المادة ٢/١٠٣٩ في شأن الرهن الرسمي - يرون وجوب إجراء هذا التسجيل خلال تسعين يوماً من الوقت الذي يخطر فيه المتصرف إليه من أى ذى شأن بتسجيل القسمة ، فيكون لهذا التسجيل أثر من وقت تسجيل العقد الأصلي ، ويترتب عليه ألا تنفذ في حقه التصرفات التي صدرت من الشريك المتصرف في الفترة ما بين تسجيل التصرف وتسجيل أمر أو حكم التخصيص^(٢) .

ويلاحظ أن الذى ألجأ الشراح إلى هذا القياس هو قصور المادة ٢/٨٢٦ ، وكان الأجدر بالمشرع أن ينظم هذه المسألة الهامة تنظيمًا دقيقاً حاسماً لكل شك ، قاطعاً لكل خلاف ، وينطبق هذا الحل على جميع التصرفات كالبيع والرهن الرسمي ، أما إذا لم يقع في نصيب المتصرف شيء من المال الشائع بل أخذ في مقابل حصته مبلغاً من النقود ، فلا ينطبق حكم الحلول الوارد في المادة ٢/٨٢٦ إذا كان التصرف بيعاً ، أما إذا كان التصرف رهنياً انتقل الرهن إلى هذا المبلغ ، فيكون للدائن المرتهن عليه حق الأولوية .

(١) انظر عكس ذلك الدكتور محمد على عرفة بند ٢٨٨ ص ٤٠٢ وهو يقيس في هذا على المادة ٢/١٠٣٩ ، ويمكن فقط قياس الرهن الجيازي على الرهن الرسمي والاكتفاء بأمر على عريضة .

(٢) الحقوق العينية الأصلية للأستاذ الدكتور عبد المنعم البدر اوى ص ١٦٠ .

مقارنة أحكام الشريعة بالقانون

نحن نلاحظ من المقارنة بين أحكام الشريعة الإسلامية . وأحكام التقنين المدني المصري في تصرف الشريك بالبيع في حصته الشائعة ، أن الشريعة لم تفرق بين قيام الشريك بالتصرف في حصة مفرزة من المال الشائع ، أو قيامه بالتصرف في حصته الشائعة في هذا المال . وجعلت البيع في الحالتين ، وفقاً لما ذهب إليه جمهور الفقهاء ، موقوفاً على إجازة الشريك الآخر أو سائر الشركاء الآخرين . أما القانون المدني ، فقد فرق بينهما فجعل التصرف في الحصة الشائعة من المال المشاع صحيحاً نافذاً ، مع إعطاء الشريك الآخر أو سائر الشركاء الآخرين حق المطالبة في أخذ الحصة المبيعة بالشفعة ، أو باسترداد هذه الحصة إذا كانت في منقول أو في مجموع من المال ، على النحو سالف البيان . أما في حالة بيع الحصة المفترزة فقد اختلفت الآراء ، فمن قائل إن البيع يكون صحيحاً فيما بين المتعاقدين غير نافذ بالنسبة لسائر الشركاء ، ومنهم من ذهب إلى أنه يجوز للمشتري طلب إبطال البيع قياساً على حكم بيع ملك الغير .

هذا بالإضافة إلى أننا قد رأينا أن هناك قصوراً في نص المادة ٨٢٦/٢ على النحو السالف الذكر ، وكذا فإن فكرة الحلول العيني قد أثارت صعوبات كثيرة كما أوضحنا .

والواقع أننا إذا تأملنا نجد أن القول بالوقف على الإجازة أخذاً من الشريعة الإسلامية ، يعني سائر الشركاء ، عن المطالبة بأخذ الحصة المبيعة بالشفعة ، أو المطالبة باستردادها ، كما يعني المشتري نفسه عن رفع دعوى الإبطال على أساس الغلط أو على أساس أن البائع الشريك قد باع ما لا يملك ، كما أن فكرة الوقف تهدف إلى حماية الشركاء من تصرف شريكهم وتمنع الضرر عنهم .

خاتمة

نخلص من دراستنا ، أن فكرة العقد الموقوف في الفقه الإسلامي ، تتصف بالدقة والشمول ، فضلاً عما تحققه من حماية أكثر عما يحققه كل من العقد القابل للإبطال والعقد غير النافذ أو غير الساري في فقه القانون . كما أن الأولى هو أن يوقف العقد حتى يستكمل ما ناقصه ، لا أن يعتبر صحيحاً نافذاً رغم ما شابه من عيب حتى يبطل .

أما من ناحية عموم فكرة العقد الموقوف وشمولها ، فقد رأينا أنها صالحة للأخذ بها بالنسبة لجميع التصرفات التي تصدر عن ليست لهم ولاية التصرف ، كالفضولي ومن في حكمه ، وكذا تصرفات ناقص الأهلية ومن في حكمه ، وحالات التصرف فيما تعلق به حق الغير كتصرف المدين المعسر في ماله لإضراراً بدائنيه وكبيع المرهون ، وكتصرف الشريك في حصته الشائعة لإضراراً بشريكه أو بسائر الشركاء الآخرين فهي بهذا صالحة لأن تحل محل فكرتي العقد القابل للإبطال أو الباطل بطلائاً نسبياً ، وكذا العقد غير النافذ أو غير الساري في القانون المدني .

كذلك فإن فكرة العقد الموقوف في الشريعة الإسلامية تقوم على رعاية المصلحة وعلى دفع الضرر ، وهذا يتفق مع حديث الرسول صلى الله عليه وسلم : « لا ضرر ولا ضرار » . كما يتفق مع القواعد الأصولية كقاعدة « الضرر يزال » . فالقول بالوقف يحقق الحماية ويمنع الضرر ، كما تتحقق الحماية أيضاً عن طريق ما قرره الشارع من حق لكل من المتصرف والمتصرف له في فسخ التصرف الموقوف أو رده .

ولما كانت فكرة العقد القابل للإبطال فكرة قاصرة كما بينا ، فإن هذا قد دعا الكثير من الفقهاء إلى اعتبار بعض التصرفات موقوفة على الإجازة ،

لعدم وجود نص في القانون ، وذلك كما في حالة تجاوز الوكيل لحدود الوكالة ، وحالة تصرف الموصى في القدر الزائد على الثلث لإضراراً بالورثة ، وذلك استناداً إلى أحكام المادة الأولى فقرة ثانية من التقنين المدني المصري الحالي ، التي تقضى بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية عند عدم وجود النص .

كذلك فإننا قد رأينا من دراستنا أن فقهاء القانون المدني اختلفوا في تكييف حكم كثير من التصرفات كبيع ملك الغير . فذهب فريق من الفقهاء إلى اعتباره باطلاً بطلاناً مطلقاً ، وذهب آخرون إلى اعتباره باطلاً بطلاناً نسبياً ، وقرر بعض الفقهاء أنه عقد قابل للفسخ ، لأن البائع لم يقيم بتنفيذ التزامه نحو المشتري إذ لم يقيم بنقل ملكية المبيع إليه .

كما يلاحظ أن المشرع في التقنين المدني المصري الحالي قد اعتبر بيع ملك الغير قابلاً للإبطال ، وفي نفس الوقت جعله غير سار أو غير نافذ في حق المالك الحقيقي ، فهو بهذا لم يجعل له حكماً واحداً ، مما يجعل الموضوع حائراً في حكمه .

أما الفقه الإسلامي فقد اعتبره موقوفاً على إجازة المالك أو من له حق الإجازة شرعاً على نحو ما بيناه تفصيلاً . وهذا يحقق الحماية لكل من حدث التصرف في ملكه بدون إذنه ، فضلاً عما في هذا من مسابقة واتفاق مع مبدأ الرضاية .

كذلك فإن هناك حالات كثيرة كحالة التصرف في الحصة المفترزة من المال الشائع فقد اختلف الفقه القانوني في وضع حكم صحيح لها . أما في فقه الشريعة الإسلامية فقد رأينا أن القول بوقف نفاذ التصرف على إجازة الشريك الآخر أو سائر الشركاء الآخرين هو الأولي بالقبول لأنه يهدف إلى حمايتهم ومنع الضرر عنهم .

ونحن نخلص من ذلك أن الفقه الإسلامي ، قد انفرد بالقول

بفكرة العقد الموقوف ، وصاغها صياغة فنية موفقة تتم عن الدقة العلمية بما لا نظير له في فقه القانون .

ولهذا كله فإننا نقترح ، أنه قد يكون من الأفضل من ناحية السياسة التشريعية الأخذ بفكرة العقد الموقوف في مجال العمل القانوني ، وإدخالها في تشريعنا المدني المصري ، على غرار ماذهب إليه المشرع في التقنين المدني العراقي ، الذي أخذ بفكرة العقد الموقوف من الشريعة الإسلامية ، وأحلها محل فكرة العقد القابل للإبطال أو الباطل بطلاناً نسبياً .

ونرى أن تستبدل النصوص الخاصة بمجالات العقد القابل للإبطال ، وحالات عدم السريان أو عدم النفاذ في القانون المدني المصري الحالي .
بالنصوص الآتية :

في الأهلية

المادة الأولى :

ينعقد تصرف العبي المميز الدائر بين النفع والضرر موقوفاً على إجازة الولي أو الوصي أو المحكمة بحسب الأحوال .

المادة الثانية :

١ — تنعقد موقوفة على الإجازة تصرفات السفه وذى الغفلة المالية .
في التصرفات الدائرة بين النفع والضرر إذا صدرت منهما بعد تسجيل قرار الحجر .

٢ — أما التصرفات الصادرة قبل تسجيل قرار الحجر فلا تكون موقوفة إلا إذا كانت نتيجة استغلال أو تواطؤ .

في عيوب الإرادة

المادة الثالثة :

ينعقد موقوفاً على إجازة المسكره بعد أن تزول حالة الإكراه كل تصرف يصدر منه ، فإذا أجازته صح وفقد وإن لم يحزه بطل .

المادة الرابعة :

ينعقد موقوفاً على الإجازة تصرف من وقع في غلط أو تدليس أو استغلال ، بعد أن يزول السبب ، ففي حالة الغلط من اليوم الذي يتبين فيه وفي حالي التدليس والاستغلال من اليوم الذي ينكشف كل منهما فيه .

في تصرف غير ذى الولاية

المادة الخامسة :

ينعقد موقوفاً على الإجازة تصرف الفضولي الذي يتصرف عن غيره دون إذن شرعى ، ودون أن تكون له ولاية التصرف وينفذ إذا أجازته من يملك الحق في الإجازة .

المادة السادسة :

ينعقد موقوفاً على الإجازة تصرف الوكيل في القدر الذي يتجاوز فيه حدود الوكالة ، وينفذ التصرف إذا أجاز الموكل أو صاحب الشأن تصرفه في هذا القدر الذي خالف فيه الحدود المرسومة له .

في بيع ملك الغير

المادة السابعة :

١ - إذا باع شخص شيئاً معيناً بالذات وهو لا يملكه انعقد البيع موقوفاً على إجازة المالك أو وليه أو وصيه أو من له الحق في الإجازة .

٢ — ويعتبر البيع في كل حال موقوفاً في حق المالك للعين المباعة ولو أجاز المشتري العقد .

المادة الثامنة :

إذا أجاز المالك البيع نفذ العقد في حقه ، وانقلب صحيحاً في حق المشتري وكذلك ينقلب العقد صحيحاً في حق المشتري إذا آلت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور العقد .

في إجازة العقد الموقوف

المادة التاسعة :

إجازة العقد الموقوف تكون صراحة أو دلالة وتستند إلى الوقت الذي تم فيه العقد أو تقتصر على حال الإجازة على حسب الأحوال ويشترط في صحتها وجود من يملكها وقت صدور العقد .

المادة العاشرة :

١ — يجب أن يستعمل خيار الإجازة أو النقص خلال ستة أشهر فإذا لم يصدر في هذه المدة ما يدل على الرغبة في نقض العقد اعتبر العقد نافذاً .

٢ — ويبدأ سريان هذه المدة إذا كان سبب التوقف نقص الأهلية من الوقت الذي يزول فيه هذا السبب ، أو من الوقت الذي يعلم فيه الولي بصدور العقد ، وإذا كان سبب التوقف الإكراه أو الغلط أو التدليس أو الاستغلال فمن الوقت الذي يرتفع فيه الإكراه ، أو يتبين فيه الغلط أو ينكشف فيه التدليس أو الاستغلال ، وإذا كان سبب التوقف انعدام الولاية على المعقود عليه فمن اليوم الذي يعلم فيه المالك بصدور العقد .

في انتقاص العقد وتحوله

المادة الحادية عشرة :

إذا كان العقد في شق منه صحيحاً نافذاً ، وفي شق آخر موقوفاً ، فالشق الأول ينفذ والشق الثاني يتوقف على الإجازة من يملكها فإن أجازته صح ونفذ وإن لم يجزه بطل .

المادة الثانية عشرة :

يتحول العقد الموقوف بالإجازة إلى عقد نافذ ويكون الإجازة حكم الإنشاء أو حكم الاستناد على حسب الأحوال .

في إجازة ملك الغير

المادة الثالثة عشرة :

تنعقد إجازة الفضولي موقوفة على إجازة المالك ، فإن كان صغيراً أو محجوراً ، وكانت الإجازة ليس فيها غبن فاحش انعقدت إجازته موقوفة على إجازة الولي .

في تصرف التبرع

المادة الرابعة عشرة :

ينعقد موقوفاً على الإجازة تصرف التبرع كالوصية بمال الغير وهبة مال الغير ، فإن أجاز الغير التصرف نفذ وإلا بطل .

في التصرف فيما تعلق به حق الغير

المادة الخامسة عشرة :

ينعقد موقوفاً على إجازة الدائنين كل تصرف صدر من المدين المعسر

إلضراراً بهم ، إذا كان هذا التصرف قد أُلْقِيَ من حقوق المدين أو زاد في التزاماته وتوَتَّب عليه إعسار المدين أو زيادة إعساره ، وإذا كان تصرف المدين بعوض اشترط لعدم نفاذه وتوقفه في حق الدائن أن يكون منطقياً على غش من المدين .

المادة السادسة عشرة :

ينعقد موقوفاً على إجازة الدائنين كل تبرع أجراه المدين ، ولو كان ممن صدر له التبرع حسن النية ، أو ثبت أن المدين لم يرتكب غشاً .

المادة السابعة عشرة :

ينعقد موقوفاً على إجازة الورثة تصرف الموصي في القدر الزائد على الثلث سواء أكانت الوصية لوارث أو لأجنبي عنه فإن أجازوها نفذت وبإلزام رفضوها بطلت .

المادة الثامنة عشرة :

ينعقد موقوفاً على الإجازة بيع المرهون والمستأجر لتعلق حق المرتهن والمستأجر به وينفذ العقد إذا أجازاه المرتهن أو المستأجر أو قام الراهن بقضائه الدين للمرتهن أو انقضت الإجازة .

المادة التاسعة عشرة :

ينعقد موقوفاً على إجازة الشريك الآخر أو سائر الشركاء الآخرين تصرف الشريك في حصته الشائعة للأجنبي إذا كانت الشركة بالخلط والاختلاط .
هذه هي النتائج التي أمكنني الوصول إليها وانتهيت إلى استخلاصها من دراسة هذا الموضوع .

وبعيد : فتلک نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي ، وما يقابلها في

فقه القانون عرضتها هذا العرض وأبرزت فيها سمو الشريعة ومماحتها ومبلغ ما وصل إليه فقهاء المسلمين من عمق في التفكير وحصافة في الرأي وحسن في الاستنباط ، حتى يؤمن الناس أن الفقه الإسلامي كفيل بمسيرة كل عصر وجيل ، وخلق بأن يحمل أمانة البشر في مختلف شؤونه ، حتى يرث الله الأرض ومن عليها .

وإننا لنأمل أن تحظى الشريعة الإسلامية بالعناية والبحث في جميع شؤنها ، وأن يكون لها في كل ما يقع تحت حسنا رأى وحكم .

كما نأمل أن يأتي اليوم الذي تصبح فيه هي المصدر الأول لتقنيننا المدني .

والله أسأل أن يحفظنا من الزلل وأن يرشدنا إلى الصواب ، ويهدينا إلى الصراط المستقيم ، والحمد لله الذي هدانا لهذا وما كنا لنهتدي لولا أن هدانا الله .

المراجع

المراجع باللغة العربية :

٢ - القرآن الكريم :

٣ - كتب التفسير :

١ - الجصاص (٢٧٠ هـ) : أحكام القرآن في ثلاثة أجزاء لأبي بكر أحمد ابن علي الرازي المشهور بالجصاص - المطبعة البهية بالقاهرة ١٣٤٧ هـ .

٢ - ابن العربي (٥٤٣ هـ) « أحكام القرآن » لأبي بكر محمد بن عبد الله المشهور بابن العربي . طبعة الحلبي بالقاهرة ١٣٧٦ هـ .

٣ - القرطبي (٦٧١ هـ) : « الجامع لأحكام القرآن » لأبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي (طبعة دار الكتب المصرية ١٣٦٩ هـ) .

٣ - كتب الحديث :

البخاري (٢٥٦ هـ) صحيح البخاري مطبوع مع عمدة القاري ، طبع القاهرة في تسعة مجلدات .

مسلم (٢٦١ هـ) صحيح مسلم لأبي الحسين مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري ، مطبوع مع شرح النووي .

سنن أبي داود (٢٧٥ هـ) للإمام الحافظ المصنف أبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي . تحقيق وتعليق محمد عبي الدين عبد الجيد .

البيهقي (٤٥٨ هـ) السنن الكبرى الطبعة الأولى ١٣٥٢ هـ مطبعة مجلس دائرة المعارف العثمانية بمحدر آباد . تأليف الحافظ الجليل أبي بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي .

النووي (٦٧٦ هـ) شرح النووي على صحيح مسلم لأبي زكريا يحيى بن شرف ابن مري الشافعي (المطبعة المصرية ١٣٤٩ هـ) .

- الزيلعي (١٧٦٢ هـ) نصب الراية لأحاديث الهداية للعلامة جمال الدين أبي محمد.
عبد الله بن يوسف الحنفي الزيلعي الطبعة الأولى ١٣٥٧ هـ / ١٩٣٨ م .
العيني (٨٥٥ هـ) عمدة القاري شرح صحيح البخاري لأبي محمد محمود بن أحمد.
العيني الحنفي طبعة ١٣٠٨ هـ بمصر .
الشوكاني (١٢٥٥ هـ) نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد.
الأخيار لمحمد بن علي بن محمد الشوكاني الطبعة الأولى ١٣٥٧ هـ بمصر .

٤ — الفقه الحنفي :

- محمد بن الحسن بن فرقد الشيباني (١٨٩ هـ) .
١ — « الأصل » القسم الأول في البيوع — تحقيق وتعليق الدكتور شفيق.
شعانه مطبعة جامعة القاهرة ١٩٥٤ م ومنه مخطوط برقم ٢٠٠١ بدار الكتب.
المصرية ونسخة أخرى برقم ٣٨٢ .
٢ — الجامع الصغير مخطوط رقم ٨٦٥ بدار الكتب المصرية ومنه نسخة مطبوعة.
بهامش كتاب الخراج لأبي يوسف الطبعة الأولى بالمطبعة الأميرية ١٣٠٢ هـ.
الحصاف (٢٦١ هـ) « أحكام الأوقاف » لأحمد بن عمرو الشيباني المعروف.
بالحصاف الطبعة الأولى بمصر ١٣٢٢ هـ / ١٩٠٤ م .
القُدوري (٤٢٨ هـ) : « الجوهرة النيرة » . وهي شرح على مختصر الإمام.
أبي الحسين أحمد بن محمد القُدوري البغدادى تأليف أبي بكر محمد بن علي بن محمد
الحمدادى العبادى مخطوط رقم ٢٧ بدار الكتب المصرية وهناك نسخة مطبوعة.
بالآستانة ١٣١٠ هـ .
السرخسى (٤٣٨ هـ) : « للبسوط » لأبي بكر محمد بن سهل السرخسى مطبوعة.
السعادة بالقاهرة ١٣٣١ هـ .
السمرقندى (٥٤٠ هـ) : « تحفة الفقهاء » تأليف علاء الدين أبي بكر محمد بن.
أحمد السمرقندى مخطوط رقم ٩١ بدار الكتب المصرية وهناك نسخة مطبوعة.

تحقيق وتعليق الدكتور محمد زكي عبد البر الطبعة الأولى ١٣٧٧ هـ / ٢١٩٥٨ م .

الكاساني (٥٨٧ هـ) : « بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع » تأليف علاء الدين
أبي بكر بن مسعود الكاساني العنقي . الطبعة الأولى بمصر ١٣٢٨ هـ .

قاضي خان (٥٩٢ هـ) :

١ — « شرح قاضي خان على الجامع الصغير للامام محمد بن الحسن الشيباني »
تأليف نضر الدين بن منصور بن محمود الأوزجندی الفرغاني مخطوط رقم ٧٤٣
بدار الكتب المصرية .

٢ — فتاوى قاضي خان : « الفتاوى الخانية » مخطوط رقم ٢٩٧ بدار الكتب
المصرية . ومنه نسخة مطبوعة على هامش الفتاوى الهندية في الثلاث مجلدات
الأولى وستاني .

المرغيناني (٥٩٣ هـ) : « الهداية شرح بداية المبتدى » لأبي الحسن علي بن
أبي بكر عبد الجليل المرغيناني طبع مطبعة عيسى البابي الحلبي بمصر ١٣٥٥ هـ .
ويوجد منه مخطوط برقم ١٣٥٥ بدار الكتب المصرية .

ظهير الدين (٦١٩ هـ) : « الفتاوى الظهيرية » تأليف ظهير الدين أبي بكر
محمد بن أحمد البخاري مخطوط رقم ٣١٧ بدار الكتب المصرية .

النسفي (٧١٠ هـ) : « كنز الدقائق » شرح العلامة معين الدين الهروي
المعروف بمنلا مسكين على كنز الدقائق لأبي البركات عبد الله بن أحمد النسفي مخطوط
رقم ٣٨٤ بدار الكتب المصرية . ومنه نسخة مطبوعة بالمطبعة الأميرية سنة ١٣١٣ هـ
« الطبعة الأولى » .

الزيلي (٧٤٢ هـ) : « تبين العقائق » شرح كنز الدقائق لفخر الدين
عثمان بن علي الزيلي العنقي الطبعة الأولى بالمطبعة الأميرية ببولاق مصر سنة ١٣١٤ هـ .

البارقي (٧٧٦ هـ) : « العناية » شرح على الهداية لأكمل الدين محمد بن
محمد البارقي مطبوع على هامش فتح القدير . طبعة بولاق سنة ١٣١٦ هـ .

ابن قاضي سماوه (٨٢٣ هـ) : « جامع الفصولين » المطبعة الأميرية سنة ١٣٠٠ هـ .
تأليف الإمام المحقق الشيخ محمود بن إسماعيل الشهير بابن قاضي سماوه .

ابن البزاز (٨٢٧ هـ) : « الجامع الوجيز المعروف بالفتاوى البزازية » مطبوعة على هامش الفتاوى الهندية في المجلدات : الرابع والخامس والسادس الطبعة الثانية . مطبعة بولاق بمصر ١٣١٠ هـ . تأليف محمد بن محمد بن شهاب الدين الكردي . الحوازمي المعروف بالبزازي ومنه نسخة مخطوطة برقم ٣٤٣ بدار الكتب المصرية .

منلا مسكين (٨٥٠ هـ) شرح على الكنز تأليف العلامة معين الدين الهروي . المعروف بمنلا مسكين على كنز الدقائق في فروع الحنفية لأبي البركات عبد الله بن أحمد النسفي طبعة ١٣٥٥ هـ / ١٩٣٦ م بمصر .

العيني (٨٥٥ هـ) شرح الكنز للعلامة الشيخ أبي محمد محمود العيني المعروف بشرح « العيني على الكنز » مطبعة وادي النيل بمصر ١٢٩٩ هـ . ومنه نسخة مطبوعة بمصر ١٣٢٠ هـ .

الكمال بن الهمام (٨٦١ هـ) : « فتح القدير » شرح الهداية طبعة بولاق . ١٣١٦ هـ تأليف كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام . الحنفى مع تكملة نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار لشمس الدين المعروف بقاضى زاده المتوفى سنة ٩٨٨ هـ .

منلا خسرو (٨٨٥ هـ) : « درر الحكام شرح غرر الأحكام » تأليف العلامة الفقيه محمد بن فراموز بن على المعروف بمنلا خسرو مخطوط رقم ١٧٤ بدار الكتب المصرية ومنه نسخة مطبوعة في مجلدين بمصر المطبعة العامرة بالقاهرة ١٣٠٤ هـ .

سعدى جلبي (٩٤٥ هـ) حاشية على العناية والهداية « مطبوع على هامش فتح القدير » .

ابن نجيم (٩٧٠ هـ) :

١ - البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، للإمام العلامة الشيخ زين الدين الشهير بابن نجيم المصرى وبهامشه الحواشى المسماة بمنفعة الخالق على البحر الرائق للسيد

محمد أمين الشهير بابن عابدين في ثمانية أجزاء . القاهرة ١٣٣٤ هـ .

٢ — الأشياء والنظائر دار الطباعة العامة بالقاهرة ١٢٩٠ هـ .

الشلبى (١٠٠٠ هـ) : « حاشية الشلبى » المسماة بالفوائد الرقائق « هامش تبين الحقائق للزبلى » وهو العلامة الشيخ أحمد بن يونس بن إسماعيل بن محمود المعروف بالشلبى الفقيه المصرى من علماء القرن العاشر الهجرى على شرح السكندى للزبلى الطبعة الأولى بالمطبعة الأميرية ببولاق سنة ١٣١٤ هـ .

ألوانى (١٠٠٠ هـ) : حاشية على الدرر شرح الدرر للاخسرو للعلامة محمد ألوانى الحنفى مخطوط رقم ١١٤٢ بدار الكتب المصرية .

التمرتاشى (١٠٠٤ هـ) : « تنوير الأبصار » على هامش رد المختار لأبى محمد ابن عبد الله بن أحمد الخطيب التمرتاشى وقد شرحه محمد علاء الدين الحصكفى المنوفى ١٠٨٨ فى كتابه الدر المختار كما كتب على الأخير كل من الطعاوى وابن عابدين فى حاشيته .

الشرنبلالى (١٠٦٩ هـ) : غنية ذوى الأحكام فى بنية درر الأحكام وهى حاشية على شرح الدرر للاخسرو تأليف العلامة أبى الإخلاص حسن بن عمار بن على بن يوسف المصرى الشرنبلالى الحنفى مخطوط رقم ٢٦٩ بدار الكتب المصرية .

بعض علماء الهنود (١٠٧٠ هـ) : الفتاوى الهندية المعروفة بالفتاوى العالسكرية طبعة القاهرة بالمطبعة الأميرية ببولاق سنة ١٣١٠ هـ .

الرملى (١٠٨١ هـ) : « الفتاوى الخيرية » المطبعة الكبرى الأميرية بالقاهرة ١٣٠٠ هـ الطبعة الثانية .

شيخ زاده (١٠٨٧ هـ) مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر طبعة ١٣١٩ هـ .

الحصكفى (١٠٨٨ هـ) الدر المختار شرح تنوير الأبصار مطبوع مع حاشية بن عابدين . تأليف محمد علاء الدين الحصكفى .

محمد بن الحسين (شيخ الإسلام) (١٠٩٨ هـ) : « الفتاوى الأقروية » طبعة مصر ١٢٨١ هـ فى مجلدين .

الحموى (١٠٩٨ هـ) : « غمز عيون البصائر » شرح على الأشياء والنظائر لابن نجيم تأليف العلامة السيد الحموى مخطوط رقم ١٠٦٩ بدار الكتب المصرية . وهناك نسخة مطبوعة على هامش الأشياء والنظائر المذكور آنفاً .

الطعطاوى (١٢٣١ هـ) : حاشية على الدر المختار شرح تنوير الأبصار في فقه مذهب الإمام الأعظم أبى حنيفة النعمان على الشرح المذكور .
ابن عابدين (١٢٥٢ هـ) .

٢ — رد المختار حاشية على الدر المختار المشهور بحاشية ابن عابدين الطبعة الثالثة بالمطبعة الكبرى الأميرية بالقاهرة ١٣٢٥ هـ .

٣ — منحة الخالق شرح على البحر الرائق مطبوع على هامش البحر الرائق لابن نجيم المذكور آنفاً .

٥ — الفقه المالكي :

مالك (١٧٩ هـ) : « الموطن » مطبوع مع شرحه للزرقاني في أربعة أجزاء طبعة ١٣٥٥ هـ مطبعة مصطفى محمد بمصر .

سحنون (٢٤٠ هـ) : « المدونة الكبرى » رواية سحنون عبد السلام بن سعيد التنوخى الطبعة الأولى القاهرة ١٣٢٣ هـ ستة عشر جزءاً في ثمانية مجلدات .

ابن رشد (٥٩٥ هـ) بداية المجتهد ونهاية المقتصد تأليف محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الطبعة الأولى بمطبعة محمد على صبيح بمصر جزءان في مجلد واحد . وتوجد نسخة في مجلدين مطبوعة بمطبعة الاستقامة بالقاهرة ١٩٥٢ م .

القرافي (٦٨٤ هـ) : « الفروق » للعلامة شهاب الدين أبى العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجى المشهور بالقرافي القاهرة ١٣٤٤ هـ أربعة أجزاء في مجلدين وبهامشه تهذيب الفروق للشيخ محمد على بن الشيخ حسين مفتى المالكية .

ابن جزى (٧٤١ هـ) : « القوانين الفقهية » مطبعة النهضة بتونس ١٣٤٤ هـ / ١٩٢٦ م وهناك نسخة طبع مطبعة الأمنية بالرباط ١٣٧٠ هـ .

خليل بن إسحق (٨٧٧٩) : مختصر العلامة الشيخ خليل بن إسحق المسمى
(متن خليل) في مذهب مالك طبع بمطبعة دار الكتب الميرية الكبرى ١٣٣٣ هـ .

محمد بن فرحون (٨٧٧٩ هـ) : « تبصرة الحكام » مطبوع بمصر ١٣٠٢ هـ في مجلدين .

ابن سلمون الكناني : العقد للنظم للحكام فيما يجري بين أيديهم من العقود
والأحكام تأليف أبي محمد عبدالله بن سلمون الكناني وموجود بهامش تبصرة الحكام
لابن فرحون طبع مصر ١٣٠٢ هـ .

ابن عاصم (٨٢٩ هـ) التحفة طبع مصر ١٣٤٤ هـ في مجلدين .

التاودي : شرح على التعنفة المذكورة ومطبوع معها للإمام أبي عبدالله
محمد التاودي .

التسولي : « البهجة » شرح آخر مطبوع معها كذلك تأليف أبي الحسن طي
ابن عبد السلام التسولي .

الخطاب (٩٥٤ هـ) مواهب الجليل شرح مختصر أبي الضياء سيدي خليل
تأليف أبي عبدالله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المعروف بالخطاب وبهامشه التاج
والإكليل لمختصر خليل لأبي عبدالله محمد بن يوسف بن أبي القاسم الشهير بالمواق
المتوفى ٨٩٧ هـ الطبعة الأولى ١٣٢٩ هـ بمطبعة السعادة بمصر .

الخرشي (١١٠١ هـ) : شرح الخرشي على المختصر الجليل للإمام أبي الضياء
سيدي خليل لأبي عبدالله محمد الخرشي الطبعة الثانية بالمطبعة الأميرية ١٣١٧ هـ .

طي العدوي (١١٠١ هـ) : حاشية على شرح الخرشي المذكور .

الدردير (١٢٠١ هـ) : الشرح الكبير لأبي البركات أحمد الدردير مطبوع
مع حاشية الدسوقي ١٣٠٩ هـ في أربعة مجلدات .

عرفة الدسوقي (١٢٣٠ هـ) : « حاشية الدسوقي على الشرح الكبير
لشمس الدين محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي طبعة ١٣٠٩ هـ بالمطبعة الأزهرية .

٦ — الفقه الشافعى :

الشافعى (٢٠٤ هـ) : « الأم » للإمام أبى عبد الله محمد بن إدريس الشافعى
برواية الربيع بن سليمان المرادى عنه الطبعة الأولى بمصر ١٣٢١ هـ .

الزنى (٢٦٤ هـ) : « مختصر الزنى » وهو إسماعيل بن يحيى بن إسماعيل الزنى
مطبوع على هامش الأم سالف الذكر .

الشيرازى (٤٧٦ هـ) : « المذهب » للشيخ الإمام أبى إسحق إبراهيم بن محمد
الشيرازى . مصر سنة ١٣٤٣ هـ جزءان فى مجلد واحد .

الغزالى (٥٥٥ هـ) : « الوجيز » لمحمد بن محمد أبى حامد الغزالى مطبعة
الآداب والتأيد بمصر ١٣١٧ هـ .

النوى (٦٧٦ هـ) :

١ — المجموع شرح المذهب ، المطبعة المنيرية بالقاهرة .

٢ — المنهاج مطبوع مع نهاية المحتاج ومنهاتى .

الشربينى (القرن السابع الهجرى) مغنى المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج شرح
الشيخ محمد الشربينى الخطيب على متن المنهاج .

السيوطى (٩١١ هـ) : « الأشباه والنظائر » لجلال الدين عبد الرحمن بن
أبى بكر السيوطى . مطبعة الحلبي بالقاهرة ١٩٣٨ م .

زكريا الأنصارى (٩٢٥ هـ) :

١ — منهج الطلاب اختصر فيه مختصر الإمام أبى زكريا النوى المسمى
بمنهج الطالبين طبعة بولاق الأميرية ١٢٨٥ هـ .

٢ — شرح الشيخ زكريا الأنصارى على متن البهجة للعلاقة ابن الوردى .

ابن حجر (٩٧٤ هـ) : « الفتاوى الكبرى الفقهية » للإمام ابن حجر المكي .

الهيتمي وهو الحافظ شيخ الإسلام أحمد شهاب الدين بن محمد بدر الدين بن محمد شمس الدين بن علي نور الدين بن حجر الهيتمي الشافعي . طبعة مصر ١٣٥٧ هـ .
الرملي (١٠٠٤ هـ) : نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج تأليف شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملي ، طبع القاهرة ١٣٠٤ . وهناك نسخة أخرى مطبوعة بمطبعة الحلبي ١٣٥٧ هـ .

٧ - الفقه الحنبلي :

ابن قدامة (٦٣٠ هـ) : « المتقى » لأبي محمد عبد الله بن محمد بن قدامة المقدسي على مختصر أبي القاسم عمر بن حسين بن عبد الله بن أحمد الحرقى الطبعة الثانية ١٣٤٧ هـ ، والطبعة الثالثة ١٣٦٧ هـ مطبعة المنار .

المقدسي (٦٨٢ هـ) : الشرح الكبير لأبي الفرج عبد الرحمن بن قدامة مطبوع مع المتقى سالف الذكر .

ابن تيمية (٧٢٨ هـ) : « فتاوى » مصر ١٣٢٨ هـ في خمسة مجلدات لشيخ الإسلام تقي الدين أبي العباس أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن تيمية الحراني الدمشقي .

ابن قيم الجوزية (٧٥١ هـ) : إعلام الموقعين عن رب العالمين لشمس الدين ابن قيم الجوزية القاهرة ١٣٢٥ هـ .

ابن رجب (٧٩٥ هـ) : « القواعد الفقهية » للحافظ أبي الفرج عبد الرحمن ابن رجب الحنبلي الطبعة الأولى ١٣٥٢ هـ مطبعة الصدق الخيرية بالقاهرة .

المرداوي (٨٨٥ هـ) : الإنصاف لعلاء الدين علي بن سليمان شرح المنع مطبعة السنة المحمدية ١٣٧٤ هـ .

منصور بن إدريس (١٠٥١ هـ) : « كشف القناع » شرح متن الإقناع الطبعة الأولى سنة ١٣١٩ هـ ، وبهامشه شرح منتهى الإرادات لمنصور ابن يونس البهوتي ، وهناك نسخة مطبوعة بمطبعة أنصار السنة المحمدية ١٣٦٦ هـ .

٨ — فقه أهل الظاهر :

أبن حزم (٤٥٦ هـ) « المحلى » لأبى محمد طى بن أحمد بن سعيد بن حزم طبعة
مصر سنة ١٣٥٠ هـ .

٩ — فقه الشيعة :

(١) الشيعة الإمامية :

الحلى (٦٧٦ هـ) . المختصر النافع لأبى القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن الحلى
طبعة ١٣٧٦ هـ بمطابع دار الكتاب العربى بمصر .

العالمى (١٢٢٦ هـ) مفتاح الكرامة لمحمد بن محمد الحسينى العالمى طبعة ١٣٢٦ هـ .

(ب) الشيعة الزيدية :

ابن المرتضى (٨٤٠ هـ) البحر الرخاير الجامع لمذاهب علماء الأمصار للإمام الهدى
الدين الله أحمد بن يحيى بن المرتضى طبع مطبعة السنة المحمدية بمصر ١٣٦٨ هـ /
١٩٤٩ م .

عبد الله بن مفتاح (٨٧٧ هـ) المنتزع المختار مصر ١٣٣٢ هـ .

شرف الدين الحيمى (١٢٢١ هـ) الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير
للقاضى شرف الدين الحسين بن أحمد بن الحسين الحيمى الصنعائى المتوفى سنة ١٢٢١ هـ
طبع مطبعة السعادة بمصر سنة ١٣٤٨ هـ .

١٠ — فقه الإباضية :

ضياء الدين عبد العزيز (١٢٢٣ هـ) شرح النيل وشفاء العليل للإمام ضياء
الدين عبد العزيز بن إبراهيم الحفصى مطبوع مع شرحه لابن أطفيش .

محمد أطفيش (١٣٢٢ هـ) شرح النيل للشيخ محمد بن يوسف أطفيش طبع
المطبعة السلفية بمصر ١٣٤٣ هـ .

١١ — المؤلفات الحديثة في الفقه الإسلامى :

- أحمد أبو الفتح : المعاملات الشرعية المالية ١٣٣٢هـ — ١٩١٣م القاهرة.
- أحمد إبراهيم : المعاملات الشرعية المالية ١٣٥٥هـ — ١٩٣٦م القاهرة.
- » » : مذكرة مبتدأ في بيان الالتزامات في الشرع الإسلامى
١٣٦٣/١٣٦٤ هـ ، ١٩٤٤/١٩٤٥ م
- » » : العقود والشروط والخيارات « مقال منشور بمجلة
القانون والاقتصاد السنة الرابعة العدد السادس
١٩٣٤ م » .
- عبد الرزاق السنهورى : مصادر الحق في الفقه الإسلامى « ستة أجزاء طبعة
معهد الدراسات العربية العالية بجامعة الدول العربية »
- على الخفيف : أحكام المعاملات الشرعية « الطبعة الثالثة »
١٣٦٦ هـ ١٩٤٧ م .
- » » : التصرف الانفرادى والإرادة المفردة القاهرة
١٩٦٤ م .
- محمد أبو زهرة : الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية ١٥٣٧هـ
١٩٣٩ م القاهرة .
- محمد سلام مدكوو : الفقه الإسلامى الطبعة الأولى مصر ١٩٥٤ .
- » » » : الوصايا في الفقه الإسلامى الطبعة الأولى ١٩٥٨ .
- » » » : الوقف من الناحية الفقهية والتطبيقية ١٣٨٠ هـ
١٩٦١ م .
- » » » : المدخل للفقه الإسلامى — الطبعة الثانية ١٣٨٣ هـ
١٩٦٣ م .

- محمد سلام ملاكور : أحكام الأسرة في الإسلام « الجزء الأول » في الزواج وآثاره ، الطبعة الأولى ١٣٨٧ هـ ١٩٦٧ م .
- » » » : الإسلام والأسرة والمجتمع طبعة ١٩٦٨ م .
- محمد زكريا البرديسي : الوكالة ، رسالة للحصول على درجة الأستاذية في الفقه والأصول من كلية الشريعة بالأزهر ١٣٦٦ هـ ١٩٤٦ م .
- » » » : الإكراه بين الشريعة والقانون ، منشور بمجلة القانون والاقتصاد السنة الثلاثون العديدين الثاني والرابع والعدد الأول السنة الحادية والثلاثون ١٩٦١ م .
- » » » : الميراث والوصية في الإسلام ١٩٦٤/١٩٦٦ م .
- » » » : الميراث طبعة أولى ١٣٨٧ هـ / ١٩٦٧ م .
- » » » : التصرف الإسقاطي — القاهرة ١٣٨٨ هـ ١٩٦٨ م .
- » » » : الأحكام الإسلامية في الأحوال الشخصية الطبعة الأولى ١٣٨٥ هـ / ١٩٦٦ م .
- محمد مصطفى شلبي : المدخل لدراسة الفقه الإسلامي ، ١٣٧٦ هـ / ١٩٥٦ م .
- يبران أبو العينين يبران : الأدلة المتعارضة ووجوه ترجيحها منشور بمجلة كلية الحقوق بجامعة الإسكندرية العددان الثالث والرابع السنة العاشرة ١٩٦٠/١٩٦١ م .
- محمد زكي عبد البر : نظرية تحمل التبعة في الفقه الإسلامي ، رسالة دكتوراه . القاهرة ١٩٥٠ م .
- » » » : العقد الموقوف — مقال منشور بمجلة القانون

والاقتصاد في العددين الأول والثاني مارس ويونيو

سنة ١٩٥٥ « السنة الخامسة والعشرون » .

أحمد طي الخطيب الحنجر على الدين في الفقه الإسلامى — رسالة

دكتوراه — القاهرة ١٩٦٤ م .

عبد الناصر توفيق العطار: « الأجل في الالتزام » رسالة دكتوراه — القاهرة

١٩٦٤ م .

١٢ — كتب أصول الفقه :

اليزدوى غير الإسلام (٣٧٠ هـ) : « أصول اليزدوى » مطبوع بهامش كشف
الأسرار وسيقانى طبع الآستانة ١٣٠٨ هـ .

الآمدى (٦٣١ هـ) الإحكام فى أصول الأحكام تأليف العلامة سيف الدين
أبى الحسن بن على بن محمد الآمدى مصر ١٣٧٧ هـ / ١٩١٤ م .

البخارى « علاء الدين عبد العزيز (٧٣٠ هـ) : كشف الأسرار مطبوع على
أصول اليزدوى المذكور » .

صدر الشريعة (٧٤٧ هـ) : التوضيح شرح متن التتبع لعبيد الله ابن مسعود
الحنفى مطبوع مع شرح التلويح طبعة ١٣٧٧ هـ / ١٩٥٧ م .

التفتازانى (٧٩٠ هـ) التلويح على التوضيح لمتن التتبع لسعد الدين ابن مسعود
ابن عمر التفتازانى ، مكتبة محمد على صبيح بمصر ١٣٧٧ هـ .

الشاطبى (٧٩٠ هـ) : « الموافقات » المطبعة الرحمانية بالقاهرة .

عبد الوهاب خلاف : علم أصول الفقه مصر ١٣٧٦ هـ .

زكى الدين شعبان : « أصول الفقه الإسلامى » الطبعة الثالثة ١٩٦٤ م .

محمد سلام مذكور : ١ — مباحث الحكم عند الأصوليين — القاهرة
١٩٦٠ م .

٢ — الإباجة عند الأصوليين ، القاهرة ١٣٨٣ هـ

١٩٦٣ م .

٣ — الأمر في نصوص التشريع الإسلامى ودلالته.

على الأحكام الطبعة الأولى ١٣٨٧هـ / ١٩٦٧م.

محمد زكريا البرديسى : « أصول الفقه » الطبعة الثانية بمصر ١٣٨١ هـ .

١٣ — كتب اللغة :

المصباح المنير لأحمد بن محمد بن على المقرئ المتوفى سنة ٧٧٠ هـ الطبعة الأولى

بالمطبعة العلمية ١٣١٥ هـ / ١٣١٦ هـ .

القاموس المحبط للفيروزابادى الشيرازى المتوفى سنة ٨١٧ هـ .

مختار الصحاح لمحمد بن أبى بكر بن عبد القادر الرازى المطبعة الأميرية ببلاط :

١٩٢٥ م .

١٤ — المراجع فى القانون :

عبد الرزاق أحمد السهنورى : « نظرية العقد » الطبعة الأولى مطبعة دار

الكتب المصرية ١٣٥٣ هـ / ١٩٣٤ م .

» » » : « الموجز فى النظرية العامة للالتزامات » مطبعة

لجنة التأليف والترجمة والنشر ١٩٣٨ م .

» » » : الوسيط فى شرح القانون المدنى فى الالتزامات

الجزء الأول الطبعة الأولى ١٩٥٢ م :

» » » : الوسيط فى شرح القانون المدنى فى عقد البيع

ج ٤ القاهرة ١٩٦١ م .

» » » : الوسيط فى شرح القانون المدنى الإيجار والعارية

ج ٦ طبعة ١٩٦٣ م .

» » » : الوسيط فى شرح القانون المدنى الوكالة ج ٧

طبعة ١٩٦٤ م .

» » » : الوسيط فى شرح القانون المدنى — حق الملكية

ج ٨ طبعة ١٩٦٧ م .

- سليمان مرقس : موجز البيع والإيجار سنة ١٩٥٨ م القاهرة .
» : « موجز أصول الالتزامات » ١٩٦٢ م القاهرة .
محمد على عرفة : شرح القانون المدنى فى حق الملكية — الجزء الأول القاهرة ١٩٥٠ م .
أنور سلطان : « النظرية العامة للالتزام » الإسكندرية ١٩٥٧ م .
» : « عقد البيع » الإسكندرية الطبعة الأولى ١٩٥١ م .
عبد المنعم البدر اوى : أثر مضى المدة فى الالتزام رسالة دكتوراه — القاهرة ١٩٥٠ م .
» : عقد البيع — الطبعة الأولى القاهرة ١٩٥٧ م .
» : الحقوق العينية الأصلية الطبعة الثانية القاهرة ١٩٥٦ م .
» : المدخل للعلوم القانونية القاهرة ١٩٦٢ م .
» : الإيجار والتأمين القاهرة ١٩٦١ م .
عبد الفتاح عبد الباقي : عقد الإيجار القاهرة ١٩٥٢ م .
» : التأمينات الشخصية والعينية الطبعة الثانية القاهرة ١٩٥٤ م .
شفيق شعاته : النظرية العامة للتأمين العيني الطبعة الأولى القاهرة ١٩٥٢ م .
عبد الحى حجازى : النظرية العامة للالتزام — الجزء الأول — الالتزام فى ذاته القاهرة ١٩٥٤ م .
عبد المنعم فرج الصده : « مصادر الالتزام » القاهرة ١٩٥٨ م .

- عبد المنعم فرج الصده : نظرية العقد في قوانين البلاد العربية ، جامعة الدول العربية ١٩٥٨ م .
- عبد المنعم فرج الصده : « عقد الإيجار » القاهرة ١٩٥٥ م / ١٩٥٦ م .
- إسماعيل غانم : أحكام الالتزام — القاهرة ١٩٥٦ م .
- » : الوجيز في عقد البيع - القاهرة ١٩٦٣ م .
- » : الحقوق العينية الأصلية — القاهرة ١٩٥٩ الجزء الأول في حق الملكية .
- » : النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام) - القاهرة ١٩٦٦ .
- شمس الدين الوكيل : التأمينات العينية طبعة ١٩٥٩ م .
- عمود جمال الدين زكي : دروس في النظرية العامة للالتزامات ١٩٦٤ م ١٩٦٥ م .
- جميل الشرفاوى : « نظرية بطلان التصرف القانونى فى القانون المدنى المصرى » رسالة دكتوراه — القاهرة ١٩٥٣ م .
- منصور مصطفى منصور : العقود المسماة : البيع والإيجار الإسكندرية ١٩٥٧ م .
- حسن كبره : « الحقوق العينية الأصلية الجزء الأول فى حق الملكية » الطبعة الأولى ١٩٥٨ م الإسكندرية .
- مختار القاضي : أصول القانون — القاهرة ١٩٦٨ م .
- عبد المجيد الحكيم : « مصادر الالتزام فى القانون المدنى العراقى » ج ١ ١٣٧٩ هـ / ١٩٦٠ م .
- عبد الودود يحيى : حوالة الدين (دراسة مقارنة فى التشريعة الإسلامية والقانونين الألمانى والمصرى) رسالة دكتوراه ١٩٥٧ م .

- محمد لبيب شنب : شرح أحكام الإيجار — القاهرة ١٩٦٤ م .
» » » : شرح أحكام عقد البيع — القاهرة ١٩٦٨ م .
جمال مرسى بدر : النيابة في التصرفات القانونية رسالة دكتوراه
الإسكندرية ١٩٥٣ م .

١٥ — التفهيمات المستعمدة من الفقه الإسلامي :

- شرح مجلة الأحكام العدلية : لسليم بن رستم باز اللبناني بيروت ١٣٠٥ هـ
١٨٩٨ م .
شرح مجلة الأحكام العدلية : اسمعيل المحاسنى — مطبعة الترقى دمشق ١٣٤٦ هـ .
مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان : للمرحوم محمد قدرى باشا الطبعة
الثالثة ١٩٠٩ م .

١٦ — التفهيمات المترتبة في الدول العربية :

- القانون المدنى للمصرى الحالى رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ م .
— مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى للمصرى .
— القانون المدنى السورى الصادر بالمرسوم التشريعى رقم ٨٤ لسنة ١٩٤٩ م .
— القانون المدنى العراقى ٤٠ لسنة ١٩٥١ م المنشور بالعدد رقم ٣٠١٥ من
جريدة الوقائع العراقية الصادر بتاريخ ٨ أيلول سنة ١٩٥١ م .
— قانون الموجبات والعقود اللبنانى ٩ آذار ١٩٣٢ م .

المراجع باللغة العربية :

- 1 — René Demogue : Traité des obligations en général. Tome 2, 1923.
- 2 — Maurice Maruite : La notion juridique de gestion d'affaires, Paris 1931.
- 3 — Louis Joussrand : Cours de droit civil positif français. Tome III, 1933, deuxième édition.
- 4 — Colin, Capitant, Planiol, Ripert et Boulanger : Obligation en droit civil, 1953.
- 5 — Marcet Planiol, George Ripert et Paul Esmein : Traité pratique de droit civil français "obligation", 1954.
- 6 — Dalloz : Encyclopédie juridique. Répertoire de droit civil (Tome 5), Paris 1955.
- 7 — Planiol, Ripert et Boulanger : Traité de droit civil. Tome II, 1957, "obligation".
- 8 — Leon Julliot de la Morandière. Tome II, "obligation", 1959.
- 9 — Henri et Léon Mazaud et Jean Mazaud : "Leçons de droit civil". Tome deuxième, 1962.
- 10 — Baudry Lacantinerie et Saignant : Traité théorique et pratique de droit civil (la vente et l'échange), troisième édition.

ملحق

بتراجم الأعلام الوارد ذكرهم في الكتاب

نورد فيما يلي بياناً بتراجم الأعلام الذين ورد ذكرهم في أثناء الدراسة والبحث من الصحابة والتابعين والفقهاء والمحدثين ، لما لذلك من أهمية بالغة تزيد البحث قوة وتلقي ضوءاً واضحاً يذير الطريق أمام كل من يريد أن يتعمق في أبحاث الشريعة الإسلامية ويأخذ عن هؤلاء الأعلام ما شاء من الحقائق العلمية (١) .
وقد أوردنا هذه التراجم مرتبة على حسب الحروف الهجائية على النحو الآتي :

(١)

الأصمري: هو أبو الحسن علي بن أبي محمد الملقب بسيف الدين الأمدى المقيم

(١) أهم كتب التراجم والطبقات :

- ١ — المعارف لابن قتيبة أبي محمد عبد الله بن مسلم المتوفى سنة ٢٧٦ هـ طبعة دار الكتب المصرية ١٩٦٦ م .
 - ٢ — طبقات الشافعية لابن السبكي المتوفى سنة ٧٧١ هـ تحقيق محمد محمود الطناحي وعبد الفتاح محمد الحلوى الطبعة الأولى بمطبعة عيسى البابي الحلبي ١٣٨٣ هـ / ٩٦٤ م .
 - ٣ — طبقات الخنابلة لابن رجب المتوفى سنة ٧٩٥ هـ مطبعة أنصار السنة المحمدية ١٣٧٢ هـ / ١٩٥٢ م .
 - ٤ — الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب المالكي لابن فرح بن التوفى سنة ٧٩٩ هـ طبعة القاهرة ١٣٥١ هـ .
 - ٥ — القواعد البهية في تراجم الحنفية تأليف محمد عبد الحى السكونى الهندى المتوفى سنة ١٣٠٤ هـ طبعة مطبعة السعادة بالقاهرة ١٣٢٢ هـ .
- ونحن نسجل هنا أن أول من عنى من فقهاء الشريعة المعاصرين بذكر تراجم الأعلام في البحوث هو أستاذنا الجليل محمد سلام مذكور رئيس قسم الشريعة بالسكينة ، الذى أورد في بحوثه تراجم ثلثات من الأعلام من الصحابة والتابعين والفقهاء والمحدثين ، وقد بذل في ذلك جهداً كبيراً ، لم يتعود السكانون التزامه وقد جاءت هذه التراجم — وكانت لنا مسروراً — مؤلفاته الآتية :
- ١ — كتاب الأمر في نصوص التشريع الإسلامى ودلالته على الأحكام من ص ٣٥٦ / ٣٩٦ طبعة ١٣٨٧ هـ / ١٩٦٧ م .
 - ٢ — كتاب المدخل لفقه الإسلامى من ص ١٥٧ إلى ص ١٨٠ فى شأن ما كتب عن الأئمة وتلاميذهم طبعة ١٣٨٠ هـ / ١٩٦٠ م .
 - ٣ — كتاب الإباحة عند الأصوليين والفقهاء وقد وردت التراجم فى ثنايا البحث من أوله إلى آخره ، طبعة ١٣٨٣ هـ / ١٩٦٣ م .

الأصولى المتكلم كان حنفيّاً ثم انتقل إلى مذهب الشافعى ، وأشهر مؤلفاته : كتاب الإحكام فى أصول الأحكام توفى سنة ٦٣١ هـ .

الأزميرى : هو سليمان الأزميرى عالم من علماء الحنفية تفوق فى العلوم النقلية والعقلية له مؤلفات كثيرة منها حاشية فى علم الأصول أسماها مرآة الأصول شرح بها مرعاة الوصول لملا خسرو توفى سنة ١١٠٢ هـ .

أطهيسمى : هو محمد بن يوسف بن عباس أطفيش الحنفى العدوى ، إباحى المذهب ، كان له أثر بارز فى قضية بلاده السياسية ، ولد وتوفى فى بلدة يسجن من وادى نيراب فى الجزائر وله مؤلفات كثيرة منها شرح النيل فى الفقه الإباضى توفى سنة ١٢٣٢ هـ .

الأنصارى : هو محمد بن عبد الرحمن بن أبى ليلى بن بلال الأنصارى الكوفى ولد سنة ٨٧٤ هـ ، وقد أخذ عنه الشعبى وسفيان الثورى ، وكان فقيهاً مجتهداً من أصحاب رأى تولى قضاء الكوفة ، توفى سنة ١٤٨ هـ .

الأوزاعى : هو عبد الرحمن بن عمرو بن محمد الأوزاعى ولد بالشام سنة ٨٨ هـ وقضى فيها معظم حياته إلى أن توفى سنة ١٥٧ هـ وكانت له رحلات لرواية الحديث والفقه على كبار الفقهاء فى عصره ، بنى مذهبه على النصوص ، وانتشر هذا المذهب فترة من الزمان فى بلاد الشام والأندلس ، ثم توارى أمام مزاحمة مذهب الشافعى فى الشام ومذهب مالك بالأندلس فى القرن الثالث .

(ب)

الباقرى : هو محمد بن محمود أكل الدين البابر بنى نسبة إلى بابر بن بغداد ، وهو فقيه حنفى ، رحل إلى حلب ثم إلى القاهرة وتوفى بمصر ، ومن كتبه : العناية شرح الهداية فى الفقه توفى سنة ٧٨٦ هـ .

البخارى : هو عبد العزيز بن أحمد بن محمد علاء الدين البخارى فقيه حنفى من علماء الأصول ، له تصانيف منها شرح أصول البزدوى . توفى سنة ٧٣٠ هـ .

البخارى : هو أبو عبد الله محمد بن اسماعيل بن ابراهيم بن المغيرة ، ولد سنة ١٩٤٩ هـ ، ودرس القرآن والحديث ، وله رحلات واسعة في أقطار الإسلام باحثاً فيها عن الحديث حتى صار إماماً ومرجعاً فيه . توفي سنة ٢٥٦ هـ .

البرزوى : هو علي بن محمد بن الحسين بن عبد الكريم أبو الحسن خمر الإسلام البرزوى ، فقيه أصولي ، من أكابر الحنفية ، من سكان سمرقند ونسبته إلى قلعة برزده ، وله تصانيف منها كنز الوصول في أصول الفقه الذي يعرف بأصول البرزوى توفي ٤٨٢ هـ .

أبو بكر الجصاص : هو أحمد بن علي الرازي أبو بكر الجصاص ، سكن بغداد ومات فيها ، انتهت إليه رئاسة الحنفية ، امتنع عن تولي القضاء وله كتاب أحكام القرآن ، توفي سنة ٣٧٠ هـ .

البيهقي : هو أحمد بن الحسين بن علي أبو بكر من أئمة الحديث ، نشأ ببيق ورحل إلى بغداد ، ثم إلى الكوفة ومكة وغيرها ، ثم ذهب إلى نيسابور واستمر بها حتى توفي سنة ٤٥٨ هـ . وله كتب كثيرة منها كتاب السنن الكبرى .

(ت)

الترمذي : هو أبو عيسى محمد بن عيسى الترمذي ، سمع من البخاري وغيره من مشايخه ، وكان إماماً محدثاً حجة وألف كتاب السنن — توفي بترمذ وهي مدينة قديمة على طرف نهر جيحون سنة ٢٩٥ هـ .

الفتاواني : هو سعد الدين بن مسعود بن عمر الفتاواني الشافعي عالم بأصول الفقه ، ومن مصنفاته كتابه في علم الأصول المسمى (التلويح) الذي شرح به التوضيح لصدر الشريعة ، توفي سنة ٧٩٢ هـ .

القرناشي : هو محمد بن عبد الله بن أحمد الخطيب الترنشاش الحنفي القزويني ، له كتاب في الفقه الحنفي أسماء تنوير الأبصار . شرحه الحاصكفي في كتاب الدر المختار وكتب عليه عدة حواشي منها حاشية الطعطاوي وحاشية ابن عابدين توفي سنة ١٠٠٤ هـ .

ابن نعيم: هو تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن تيمية
الحراني الدمشقي ، توفي سنة ٧٢٨ هـ ، ومن كتبه الفتاوى الكبرى
(ث)

الثوري : هو سفيان بن سعيد بن مسروق الثوري من بني ثور ، ولد بالكوفة
سنة ٩٧ هـ ، ثم رحل منها لما طلب إليه أن يتولى القضاء ، وانتقل إلى البصرة ،
ومات بها سنة ١٦١ هـ ، وكان فقيهاً جليلاً من مدرسة الحديث ورعاً لا يرهب في الحق
حداً ، ومن مؤلفاته الجامع الكبير والجامع الصغير في الحديث .

(ج)

جعفر : هو جعفر بن يحيى أبو القاسم الحلبي أحد أئمة الفقه الشيعي توفي سنة ٢٧٦ هـ
أوله كتاب المختصر النافع .

(ح)

ابن مزيم : هو علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري أبو محمد عالم الأندلس
في عصره ، ولد بقرطبة ، انصرف إلى العلم والتأليف وكان يستنبط الأحكام من
الكتاب والسنة ، انتقد كثيراً من الفقهاء وله في الفقه كتاب الحلبي توفي سنة ٥٦٦ هـ .

الحكمي : هو محمد بن علي بن محمد مفتي الحنفية في دمشق ، ولد ومات بها ، وكان
عازماً على التدريس ، ومن كتبه الدر المختار شرح تنوير الأبصار للتمرتاشي ،
توفي سنة ١٠٨٨ هـ .

الحموي : هو أحمد بن محمد الحنفي المروفي بالحموي نسبة إلى حماء ، وهو فقيه له
مؤلفات كثيرة منها حاشية الحموي على الأشباه والنظائر لابن نجيم ، توفي سنة ١٠٩٨ هـ .

ابن هبيل : هو أبو عبد الله أحمد بن حنبل الشيباني أحد الأئمة الأربعة أصحاب
المذاهب من أهل السنة ، ولد ببغداد سنة ١٦٤ هـ ، وقد رحل في طلب العلم إلى
الكوفة والبصرة ومكة والمدينة والشام واليمن ، ثم رجع إلى بغداد ودرس على

الشافعى من سنة ١٩٥ هـ إلى سنة ١٩٧ هـ ، وقد برز فى حفظ السنة والذود عنها ،
ومن كتبه كتاب المسند فى الحديث . توفى سنة ٢٤١ هـ ببغداد .

أبو حنيفة : هو الإمام الأعظم أبو حنيفة النعمان بن ثابت الفقيه إمام المذهب
الحنفى ، فارسى الأصل ، ولد بالكوفة سنة ٨٠ هـ وتفقه فيها وأسس مذهبه هناك ،
وقد توفى سنة ١٥٠ هـ .

(خ)

الخرشى : هو محمد بن عبد الله الخرشى المالكي أبو عبد الله أول من تولى
مشيخة الأزهر ، وكان فقيهاً فاضلاً ومن مصنفاته ، شرح الخرشى على متن خليل فى
الفقه المالكي ، توفى بالقاهرة سنة ١١٠١ هـ .

أبو الخطاب : هو محفوظ بن أحمد بن الحسن إمام الحنابلة فى عصره ، أصله
من كلواذ من ضواحي بغداد ولد وتوفى بها سنة ٥١٠ هـ .

خليل : هو ضياء الدين خليل بن إسحق بن موسى الجندي فقيه مالكي من أهل
مصر ، تعلم بالقاهرة ، وولى الإفتاء على المذهب المالكي ومن أشهر كتبه : المختصر
فى الفقه المالكي ، توفى ٧٧٦ هـ .

(د)

أبو داود : هو سليمان بن الأشعث بن إسحق بن بشير الأسدي السجستاني ،
أبو داود إمام أهل الحديث فى زمانه ، توفى بالبصرة سنة ٢٧٥ هـ وله كتاب السنن
أحد الكتب الستة .

الدردير : هو أبو البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدوى من فقهاء المالكية
ولد فى بنى عدى بمصر وتعلم بالأزهر . وتوفى بالقاهرة سنة ١٢٠١ هـ وكان من
كبار الصوفية ومن كتبه الشرح الكبير فى شرح مختصر خليل .

الدسوقي : هو محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي من أهل دسوق ،
اشتغل بالتدريس فى الأزهر ، ومن مؤلفاته حاشية على الشرح الكبير على مختصر
خليل . توفى سنة ١٢٣٠ هـ .

(ر)

المرافعى : هو أبو القاسم عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم الرافعى
القزوينى من كبار فقهاء الشافعية له مصنفات فى الفقه منها : فتح العزيز فى شرح
الوجيز ، توفى سنة ٦٢٣ هـ .

ابن رُسْرُ الحفيم : هو محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد الأندلسى
أبو الوليد الفيلسوف ويلقب بالحفيد . توفى بمراكش ودفن بقرطبة سنة ٥٩٥ هـ وله
كتب كثيرة منها « بداية المجتهد ونهاية المقتصد » فى الفقه ،

السرملى : هو محمد بن أحمد بن حمزة شمس الدين الرملى فقيه الديار المصرية
فى عصره ومرجعها فى الفتوى ويقال له الشافعى الصغير ولد وتوفى بالقاهرة . ولى
إفتاء الشافعية وصنف شروحاً وحواشى كثيرة منها نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج .

(ز)

زفر : زفر بن الهزيل . بن قيس الكوفى ، عربى من بنى تميم ولد سنة ١١٠ هـ
أحد أصحاب أبى حنيفة أقام بالبصرة وولى قضاءها وكان من أصحاب الحديث وبرع
فى القياس وتوفى سنة ١٥٨ هـ .

زبير بن ثابت : هو الصحابى زيد بن ثابت بن الضحاك الأنصارى أحد كتاب
الوحى ولد بالمدينة ونشأ بمكة وهاجر مع النبي صلى الله عليه وسلم . وتوفى
فى سنة ٤٥ هـ .

الزبلى : هو عثمان بن على بن محمد فخر الدين الزبلى ، فقيه حنفى توفى
بالقاهرة سنة ٧٤٣ هـ وله مؤلفات كثيرة منها كتاب تبیین الحقائق شرح كنز
الدقائق فى الفقه الحنفى .

(س)

المرغسنى : هو محمد بن أحمد بن سهل أبو بكر شمس الأئمة من كبار الحنفية .
ومن مؤلفاته المبسوط فى الفقه . توفى سنة ٤٨٣ هـ .

السيوطي : هو عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد بن سابق الدين الحصري السيوطي جلال الدين . نشأ في القاهرة وتوفي بها سنة ٩١١ هـ وله مؤلفات كثيرة منها الأشباه والنظائر في فروع الشافعية .

سحنوني : هو أبو سعيد عبد السلام بن سعيد التبوخي الملقب بسحنون . فقيه مالكي قرأ على ابن القاسم وابن وهب وأشهب . ثم انتهت إليه رئاسة العلم في المغرب ولى القضاء بالقيروان . كتب المدونة في مذهب مالك وعرضها على ابن القاسم سنة ١٨٨ هـ وأصلح فيها مسائل . وعنه انتشر مذهب مالك بالمغرب . ولد في أول رمضان سنة ١٦٠ هـ وتوفي يوم الثلاثاء ٩ من رجب سنة ٢٤٠ هـ .

(ش)

الشاطبي : هو أبو إسحاق موسى اللخمي الغرناطي المعروف بالشاطبي المالكي ومن أشهر مؤلفاته الموافقات في الأصول توفي سنة ٧٩٠ هـ .

الشافعي : هو أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس القرشي الشافعي أحد الأئمة الأربعة . ولد في غزة سنة ١٥٠ هـ وحمل منها طفلاً إلى مكة ونشأ بالبادية ثم رحل إلى المدينة فتفقه على مالك . وذهب إلى بغداد ثم قصد إلى مصر وتوفي بها سنة ٢٠٤ هـ وله مذهبان قديم وحديث : وقد أملى مذهبه القديم في العراق . وأما مذهبه الجديد فقد أملاه في مصر على تلاميذه ومن كتبه كتاب الأم في الفقه وكتاب الرسالة في الأصول

الشوكلي : هو محمد بن علي بن محمد فقيه مجتهد من كبار علماء اليمن من صنعاء تولى القضاء بها ومات سنة ١٢٥٥ هـ ومن مؤلفاته كتاب نيل الأوطار في أحاديث الأحكام .

السبرائي : هو أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف . ولد بغير وزاباد بفارس . وانتقل إلى شيراز . ثم انتقل إلى البصرة ثم إلى بغداد وتوفي سنة ٤٧٦ هـ وله مؤلفات كثيرة منها كتاب المذهب في فقه الشافعية .

(ص)

صدر الشريعة : هو عبد الله بن مسعود بن محمود البخاري الحنفي صدر الشريعة

من علماء الأصول ومن مؤلفاته كتاب التنقيح وشرحه التوضيح في الأصول . توفي
بيخارى سنة ٧٤٧ هـ

الطحاوى : هو أحمد بن محمد بن سلامة بن سلمة الأزدي الطحاوى أبو جعفر
فقيه حنفى ، انتهت إليه رئاسة الحنفية فى عصره بمصر . ولد ونشأ بطحا من قرى
مصر وتوفى سنة ٣٢١ هـ ومن مؤلفاته المختصر فى الفقه .

(ع)

عائشة : السيدة عائشة بنت أبى بكر الصديق وزوجة الرسول صلى الله عليه وسلم
وكانت من أفضه نساء المسلمين ، وكانت أحب نساء النبي إلى نفسه . وأكثرهن
دراية بالحديث . توفيت سنة ٥٨ هـ .

ابن عابدين : هو محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقى فقيه الشام
وإمام الحنفية فى عصره . وله فى الفقه كتاب رد المختار على الدر المختار المسمى بحاشية
ابن عابدين . توفي سنة ١٢٥٢ هـ .

ابن عباس : هو عبد الله بن عباس بن عبد المطلب القرشى الهاشمى أبو العباس
حبر الأمة وصعابى جليل وهو أحد العبادلة الأربعة المشهورين من الصحابة . مات
بالطائف سنة ٦٨ هـ .

عمر : عمر بن الخطاب الخليفة الثانى وأول من لقب بأمر المؤمنين . كان له
رأى ثاقب فى الفقه ، وعرف بالعدل والحزم وقد كثرت الفتوحات فى عهده قتل
بيد أحد الموالى سنة ٢٣ هـ .

ابن عمر : هو عبد الله بن عمر بن الخطاب صعابى نشأ فى الإسلام وهاجر إلى المدينة
مع أبيه ألقى الناس فى الإسلام ستين سنة وكان آخر من توفى بمكة من الصحابة
سنة ٧٣ هـ .

(غ)

الغزالى : هو أبو حامد محمد بن محمد الغزالى الفقيه الشافعى الفيلسوف الأصولى

المتصوف ولد في مدينة طوس من أعمال خراسان وتوفي بها ٥٠٥ هـ وله كتب كثيرة منها كتاب الوجيز في فقه الشافعية والمستصفي في أصول الفقه والإحياء في التصوف.

(ف)

ابن فرهوه : هو برهان الدين إبراهيم بن الإمام شمس الدين علي بن محمد بن فرحون المالكي فقيه أصولي ، رحل إلى مصر والقدس ودمشق وله مؤلفات منها كتاب التبصرة . توفي سنة ٧٩٩ هـ .

(ق)

ابن قدامة : هو عبد الله بن أحمد بن محسن بن قدامة بن مقدم بن نصر بن عبد الله المقدسي الدمشقي فقيه حنبلي رحل إلى بغداد . ثم عاد إلى دمشق وصنف كتابه المغني في الفقه . وقد توفي سنة ٦٢٠ هـ .

ابن القيم : هو محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد الزرعي الدمشقي تلمذ على شيخ الإسلام ابن تيمية فقيه حنبلي له كتب كثيرة منها إعلام الموقعين والطرق الحكيمة في السياسة الشرعية . توفي سنة ٧٥١ هـ .

القرطبي : هو أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن نوح الأنصاري الحزرجي من قرى محافظة المنيا بمصر توفي ودفن بها سنة ٦٧١ هـ وكان فقيهاً مالكيًا اشتغل بتفسير القرآن ، وله كتاب مشهور أسماء « الجامع لأحكام القرآن » .

الغزالي : هو أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن أبو العباس شهاب الدين الصنهاجي القرافي فقيه مالكي . ولد بمصر ونشأ بها وتوفي بالقاهرة سنة ٦٨٤ هـ وله كتب عديدة في الأصول والفقه منها اللروق .

(ك)

الطحاوي . هو أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني علاء الدين فقيه حنفي من أهل حاب . ومن مؤلفاته كتاب بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع في الفقه توفي سنة ٥٨٧ هـ .

الكيمال : هو محمد بن عبد الواحد بن مسعود السيواسي كمال الدين

المعروف بابن الحمام فقيه حنفي برع في الفقه والأصول وعلم الكلام ، ومن مؤلفاته .
فتح القدير على الهداية في الفقه . توفي سنة ٨٦١ هـ .

(ل)

اللبث : هو الليث بن سعد بن عبد الرحمن الفهمي . ولد بقرية قلقشندة من قرى
مديرية القليوبية وتوفي بالماهرة سنة ١٧٥ هـ . وهو إمام أهل مصر في عصره
في الحديث والفقه .

ابن أبي لبلى : هو محمد بن عبد الرحمن بن أبي لبلى الأنصاري السكوفي . فقيه
من أصحاب الرأي مات بالكوفة سنة ٣٣٣ هـ .

(م)

مالك : هو مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي أبو عبد الله إمام دار
المعجزة وأحد الأئمة الأربعة ولد بالمدينة سنة ٩٣ هـ وتلقى العلم والحديث على شيوخه ،
وشيخه في الفقه ربيعة بن عبد الرحمن المعروف بريعة الرأي . مكث بالمدينة يعلم
ويفتى حتى توفي سنة ١٧٩ هـ ومن كتبه كتاب اللوطأ .

محمد بن الحسن : هو محمد بن الحسن بن فرقد الشيباني . فقيه حنفي تتلمذ على أبي
حنيفة ثم درس على أبي يوسف صاحب الإمام . ثم رحل إلى الحجاز . وحفظ
الحديث . ودرس على مالك في المدينة كما أخذ الفقه أيضاً على الأوزاعي . وجمع
في دراسته بين منهج أهل الرأي وأهل الحديث وقرب بينهما ، ولحق قضاء الرقة في عهد
الرشيد توفي سنة ١٨٩ هـ ومن أشهر كتبه : كتب ظاهر الرواية الستة وهي
المبسوط . والزيادات . والجامع الصغير والسير الصغير والسير الكبير والجامع
الكبير وهي تعتبر أصول المذهب وقد أخذ عنه الشافعي .

المرئي : هو إسماعيل بن يحيى بن إسماعيل أبو إبراهيم المزني وقد صاحب
الشافعي ومن كتبه كتاب المختصر في الفقه . توفي سنة ٢٦٤ هـ .

مسلم : مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري النيسابوري أبو الحسين من أئمة

المحدثين . ولد بنيسابور . ورحل إلى الحجاز ومصر والشام والعراق وتوفي سنة ٢٦١ هـ وأشهر كتبه صحيح مسلم .

المبرغية : هو برهان الدين أبو الحسن علي بن أبي بكر عبد الجليل الرشداي المرغيناني فقيه حنفي . له كتاب بداية المبتدى وشرحه بكتاب الهداية مطبوع مع كتاب فتح القدير للكمال ابن الهمام والعناية عليه للباقرى . توفي سنة ٥٩٣ هـ .

ابن صامح : هو أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني . طاف البلاد في طاب الحديث . وكان أحد الأئمة فيه . توفي سنة ٢٧٣ هـ وله كتاب سنن ابن ماجه .

(ن)

ابن نجيم : هو زين الدين بن إبراهيم بن محمد فقيه حنفي مصري . وله تصانيف كثيرة . منها كتاب الأشباه والنظائر في القواعد والأصول . وكتاب البحر الرائق في شرح كنز الدقائق في الفقه توفي سنة ٩٧٠ هـ .

المنسفي : هو أبو البركات حافظ الدين عبد الله بن أحمد بن محمود المنسفي ، فقيه حنفي برع في فن أصول الفقه . والنسفي نسبة إلى « نسف » بلدة بالقرب من سمرقند توفي سنة ٧١٠ هـ . وله مؤلفات منها تفسير القرآن المعروف بتفسير المنسفي ، وكنز الدقائق في الفقه .

النووي . هو أبو زكريا يحيى الدين بن شرف بن مري بن حسين النووي . فقيه شافعي . اشتغل بعلم الحديث ، وتوفي سنة ٦٧٦ هـ ومن أشهر كتبه في الفقه المجموع شرح المذهب في فقه الشافعية . وكتاب المنهاج . وله كتاب شرح النووي على صحيح مسلم في الحديث .

(هـ)

أبو هريرة : هو عبد الرحمن بن صخر الدوسي لللقب بأبي هريرة أسلم عام خير سنة ٥٧ هـ وكان من أحفظ الصحابة وأزهمهم لرسول الله صلى الله عليه وسلم نشأ يتيمًا . ثم قدم المدينة وتوفي بها سنة ٥٨ هـ . وهو بوصفه صحابياً ومن خاصة أصحاب

الرسول الملائمين له يعتبر ثقة لاجال للطعن في أحاديثه من ناحية الرواية .

(ى)

أبو يوسف : هو يعقوب بن إبراهيم بن حبيب الأنصارى السكونى البغدادى صاحب الإمام أبى حنيفة . وأول من نشر مذهبه . ولد بالكوفة سنة ١٢٣ هـ تولى القضاء لثلاثة من خلفاء العباسيين وهم : المهدي والمهادي والرشيد من سنة ١٦٢ هـ إلى أن توفى سنة ١٨٢ هـ . وانتهت إليه رئاسة القضاة وكان أول من لقب بقاضى القضاة فى عهد الرشيد وله كتاب الخراج .

٢٨ — نظرية العقد الموقوف

صفحة

٢٥ الفرع الأول : البطلان
٢٦ الفرع الثانى : الفساد
٢٨ المبحث الثانى : أقسام العقد عند الجمهور
٣٠ مرجع الخلاف بين الحنفية والجمهور
٣٢ رأى الذى ترجحه
٣٣ المبحث الثالث : تقسيم العقد فى القانون المدنى
٣٥ خلاصة الباب التمهيدى

القسم الأول

فى حقيقة العقد الموقوف ومحل وحكمه

الباب الأول

حقيقة العقد الموقوف وما يقابله فى القانون

الفصل الأول

التعريف بالعقد الموقوف وطبيعته وما يقابلهما فى القانون

٣٩ المبحث الأول : التعريف بالعقد الموقوف وما يقابله فى القانون
٣٩	المطلب الأول : التعريف بالعقد الموقوف فى الشريعة :
	التعريفات التى وردت فى كتب الفقه القديمة - مناقشتها -
	التعريفات التى وردت فى كتب الفقه الحديث ومناقشتها
٤٤	المطلب الثانى : التعريف بما يقابل فسكره العقد الموقوف فى القانون :
	العقد القابل للإبطال والعقد غير السارى أو غير النافذ
	المبحث الثانى : طبيعة العقد الموقوف فى الشريعة وما يقابله فى القانون . . .
٤٦ المطلب الأول : طبيعة العقد الموقوف فى الشريعة
	المطلب الثانى : طبيعة العقد القابل للإبطال والعقد غير السارى فى
٤٨ القانون

صفحة

الفصل الثاني

مكانة العقد الموقوف بين العقود الأخرى وما يقابله في القانون

المبحث الأول : مكانة العقد الموقوف بين العقود الصحيحة وغير الصحيحة وما يقابله

في القانون ٥٠

المطلب الأول : مكانة العقد الموقوف بين العقود الصحيحة وغير

في الشريعة ٥٠

المطلب الثاني : مكانة العقد المقابل للإبطال والعقد غير الساري بين

العقود الصحيحة وغير الصحيحة في القانون ٦٩

المبحث الثاني : مكانة العقد الموقوف بين العقود المنجزة والمعلقة وما يقابله

في القانون ٧١

المطلب الأول : مكانة العقد الموقوف بين العقود المنجزة والمضافة

والمعلقة في الشريعة ٧١

المطلب الثاني : ما يقابل فكرة العقد الملحق والمضاف في القانون ٧٨

الشرط الواقف ٧٨

الأجل الواقف ٨١

الفصل الثالث

حالات العقد الموقوف وما يقابل ذلك في القانون

الفصل الأول

حالات العقد الموقوف في الشريعة وما يقابلها في القانون

المبحث الأول : حالات العقد الموقوف في الشريعة ٨٣

المطلب الأول : الحالات التي تعتبر من قبيل العقد الفاسد ٨٧

المطلب الثاني : الحالات التي تعتبر من قبيل العقد غير اللازم ٨٨

صفحة

- الفرع الأول : العقد المشروط فيه خيار المجلس ٩١
الفرع الثاني : العقد المشروط فيه الخيار مدة تزيد على ثلاثة أيام ٩٢
المطلب الثالث : حالات العقد الموقوف النفاذ ٩٤
المبحث الثاني : ما يقابل حالات العقد الموقوف في ققه القانون ٩٧

الفصل الرابع

في شروط النفاذ والتوقف والحكمة من الوقف

- المبحث الأول : في شروط النفاذ ١٠٣
المبحث الثاني : الشروط اللازمة لتوقف التصرف ١٠٤
المبحث الثالث : الحكمة من الوقف في الشريعة والحكمة من قابلية العقد
للإبطال في القانون ١٠٧

الباب الثاني

محل العقد الموقوف وما يقابله في القانون

- تمهيد ١١١

الفصل الأول

محل العقد الموقوف من المعارضات

- المبحث الأول : بيع ملك الغير ١١٤
المطلب الأول : بيع ملك الغير في الشريعة ١١٤
معنى الفضولي في الشريعة ١١٦
معنى الفضالة في القانون ١١٧
حكم بيع ملك الغير في الشريعة ١١٩
المطلب الثاني : بيع ملك الغير في القانون ١٢٢
المبحث الثاني : شراء الفضولي في الشريعة وما يقابله في القانون ١٣٢

صفحة

المبحث الثالث : إجارة ملك الغير	١٤٣
المطلب الأول : إجارة ملك الغير في الشريعة	١٤٣
المطلب الثاني : إجارة ملك الغير في القانون	١٤٩

الفصل الثاني

محل العقد الموقوف من التبرعات

المبحث الأول : هبة ملك الغير	١٥٢
المطلب الأول : هبة ملك الغير في الشريعة	١٥٢
المطلب الثاني : هبة ملك الغير في القانون	١٥٨
المبحث الثاني : وقف ملك الغير	١٦٠
المبحث الثالث : الوصية بعال الغير	١٦٥

الفصل الثالث

محل العقد الموقوف من العقود الأخرى

الزواج الموقوف	١٦٨
زواج الفضولى	١٧٠

الباب الثالث

حكم العقد الموقوف وما يقابله في القانون

تمهيد :	١٧٦
---------	------------

الفصل الأول

حكم العقد الموقوف قبل الإجازة وما يطرأ عليه وما يقابل ذلك في القانون

المبحث الأول : حكم العقد الموقوف قبل الإجازة وما يقابله في القانون	١٧٧
المطلب الأول : حكم العقد الموقوف قبل الإجازة في الشريعة	١٧٧

صفحة

المطلب الثاني : حكم العقد المتقابل للإبطال والعقد غير السارى قبل الإجازة في القانون	١٧٩
المبحث الثاني : ما يطرأ على العقد الموقوف قبل الإجازة	١٨٠
المطلب الأول : قابلية العقد الموقوف للفسخ قبل الإجازة وما يقابله في القانون	١٨٠
الفرع الأول : العقد الموقوف قابل للفسخ قبيل الإجازة في الشريعة	١٨٠
الفرع الثاني : فسخ العقد المتقابل للإبطال قبل الإجازة في القانون	١٨٢
المطلب الثاني : هلاك المحل أو الثمن قبل الإجازة في الشريعة وما يقابله في القانون	١٨٤
الفرع الأول : هلاك المحل أو الثمن قبل الإجازة في الشريعة	١٨٤
الفرع الثاني : هلاك محل العقد المتقابل للإبطال في القانون	١٨٧
المطلب الثالث : طرود الملك البات على الملك الموقوف في الشريعة وما يقابله في القانون	١٨٩
الفرع الأول : طرود الملك البات على الملك الموقوف في الشريعة	١٨٩
الفرع الثاني : ما يقابل فسخه طرود الملك البات على الملك الموقوف في القانون	١٩١
المطلب الرابع : موت المميز قبل الإجازة	١٩٢
الفرع الأول : موت المميز قبل الإجازة في الشريعة	١٩٢
الفرع الثاني : موت المميز قبل الإجازة في القانون	١٩٧

الفصل الثاني

حكم العقد الموقوف بعد الإجازة وما يقابله في القانون

تمهيد	٢٠١
المبحث الأول : حقيقة الإجازة	٢٠٢
المطلب الأول : التعريف بالإجازة وصيغتها	٢٠٢

صفحة	
٢٠٢	الفرع الأول : التعريف بالإجازة
٢٠٢	التعريف بالإجازة في الشريعة
٢٠٣	التعريف بالإجازة في القانون
٢٠٥	الفرع الثاني : صيغة الإجازة
٢٠٥	صيغة الإجازة في الشريعة
٢١٢	صيغة الإجازة في القانون
٢١٣	المطلب الثاني : من له حق الإجازة وعملها ومدتها
٢١٣	الفرع الأول : المحيز
٢١٣	المحيز في الشريعة
٢١٥	المحيز في القانون
٢١٧	الفرع الثاني : محل الإجازة
٢١٨	محل الإجازة في الشريعة
٢١٨	محل الإجازة في القانون
٢١٨	الفرع الثالث : المدة المقررة للإجازة
٢١٨	المدة المقررة للإجازة في الشريعة
٢١٩	المدة المقررة للإجازة في القانون
٢٢١	المدة المقررة للإجازة في القانون المدني العراقي
٢٢٣	المطلب الثالث : شروط صحة الإجازة
٢٢٣	الفرع الأول : شروط صحة الإجازة في الشريعة
٢٢٨	الفرع الثاني شروط صحة الإجازة في القانون
٢٣٠	المطلب الرابع : حكم الإجازة
٢٣٠	الفرع الأول : حكم الإجازة في الشريعة
٢٣١	النصرفات التي يقتصر حكمها على وقت صدور الإجازة
٢٣٢	النصرفات التي يثبت حكمها مستنداً إلى وقت صدورها
٢٣٤	الفرع الثاني : حكم الإجازة في القانون
٢٣٧	المبحث الثاني : رفض الإجازة

صفحة

المطلب الأول : رفض الإجازة في الشريعة	٢٣٧
الفرع الأول : رد التصرف الموقوف	٢٣٧
الفرع الثاني : بطلان التصرف الموقوف	٢٤٢
المطلب الثاني : رفض الإجازة في القانون	٢٤٣
المبحث الثالث : العقد إذا كان في شق منه نافذاً وفي شق آخر موقوفاً في الشريعة	
وما يقابله في القانون	٢٤٥
خاتمة القسم الأول	٢٤٨

القسم الثاني

بعض التطبيقات على نظرية العقد الموقوف

الباب الأول

التصرف عن الغير دون ولاية

تمهيد	٢٥١
معنى الولاية والوكالة والرسالة في الشريعة	٢٥٢

الفصل الأول

عخالفة الوكيل حدود الوكالة

المبحث الأول : مخالفة الوكيل حدود الوكالة في الشريعة	٢٥٦
المطلب الأول : مخالفة الوكيل بالشراء	٢٥٦
المطلب الثاني : مخالفة الوكيل بالبيع	٢٦٥
المبحث الثاني : مخالفة الوكيل حدود الوكالة في القانون	٢٧٥

الفصل الثانى

مدى ولاية المرتد فى التصرف

صفحة

حكم تصرفات المرتد أثناء رده ٢٧٩

الباب الثانى

ناقص الأهلية ومعيب الإرادة

الفصل الأول

ناقص الأهلية

تمهيد	٢٨٧
المبحث الأول : تصرف الصبي المميز	٢٨٨
المطلب الأول : تصرف الصبي المميز فى الشريعة	٢٨٨
المطلب الثانى : تصرف الصبي المميز فى القانون	٢٩٨
المبحث الثانى : السفه وذو الغفلة	٣٠١
المطلب الأول : تصرف السفه وذى الغفلة فى الشريعة	٣٠١
الفرع الأول : تصرف السفه فى الشريعة	٣٠١
الفرع الثانى : تصرف ذى الغفلة فى الشريعة	٣٠٩
المطلب الثانى : تصرف السفه وذى الغفلة فى القانون	٣١١

الفصل الثانى

تصرف معيب الإرادة

تمهيد	٣١٥
المبحث الأول : تصرف المسكره بالبيع	٣١٦
المطلب الأول : تصرف المسكره بالبيع فى الشريعة	٣١٦
المطلب الثانى : تصرف المسكره بالبيع فى القانون	٣٢٥
المبحث الثانى : عيوب الإرادة الأخرى غير الإكراه	٣٢٧
المطلب الأول : عيوب الإرادة الأخرى غير الإكراه فى الشريعة	٣٢٧
المطلب الثانى : عيوب الإرادة الأخرى غير الإكراه فى القانون	٣٢٩

صفحة

الباب الثالث

التصرف فيما يتعلق به حق الغير

تمهيد ٣٣٣

الفصل الأول

٣٣٤ تصرف الموصى لوارث أو لغير وارث

المبحث الأول : تصرف الموصى لوارث أو لغير وارث في الشريعة ... ٣٣٤

المطلب الأول : الوصية للوارث ... ٣٣٤

المطلب الثاني : الوصية للأجنبي ... ٣٤١

المبحث الثاني : تصرف الموصى لوارث أو لغير وارث في القانون المدني ٣٤٤

الفصل الثاني

٣٤٦ تصرف المدين المحجور عليه الضار بمصلحة الغرماء ... ٣٤٦

المبحث الأول : تصرف المدين المحجور عليه في الشريعة ... ٣٤٦

المبحث الثاني : تصرف المدين الضار بمصلحة الدائنين في القانون المدني ... ٣٥٣

الفصل الثالث

بيع المرهون والمستأجر

المبحث الأول : بيع المرهون ... ٣٥٩

المطلب الأول : بيع المرهون في الشريعة ... ٣٥٩

المطلب الثاني : بيع المرهون في القانون ... ٣٦٦

المبحث الثاني بيع المستأجر ... ٣٦٨

المطلب الأول : بيع المستأجر في الشريعة ... ٣٦٨

المطلب الثاني : بيع المستأجر في القانون ... ٣٧٢

صفحة

الفصل الرابع

التصرف في الحصة الشائعة بالبيع

المبحث الأول : التصرف في الحصة الشائعة بالبيع في الشريعة	٣٧٦
المبحث الثاني : التصرف في الحصة الشائعة بالبيع في القانون	٣٨٢
الحاشية	٣٩٥
المراجع	٤٠٣
ملحق بتراجم الأعلام	٤٢١
فهرست	٤٣٣

تصويب الخطأ

الصفحة	السطر	الخطأ	الصواب	الصفحة	السطر	الخطأ	الصواب
١٢	٨ ٤	للحكم	للحكم	١٩٧	١	يعم على كل متوفى	يعم كل متوفى
٢٨	٨ ١٠	ومباحث الحكم عند الأصوليين	وانظر له أيضاً مباحث الحكم عند الأصوليين	١٩٩	٢	ومن ثم فإن الإجازة	ومن ثم فإن حق الإجازة
٤٠	٧	الملطب	المطلب	٢٠٨	٦	السكوت لا يعتبر	السكوت لا يعتبر
٦٣	٨ ١	موقوف	الموقوف	٢١٨	١٠	الوهاب	الوهاب
٦٥	٩	القياس على	القياس على ييم	٢٢٥	١	وهب	وهب
٧٦	٦	بإجازة	بالإجازة	٢٢	١	فهل	فهم
٨١	٨ ٧	إنه	أنه	٢٤٧	١٩	انتقص	انتقص
٩٢	١٢	بالاتفاق	بالاتفاق	٢٥٨	١٥	عقد	عقد
١١٣	٨ ٣	برىء والغاصب	برىء والغاصب	٢٦٥	٨	قال به الجمهور	قال به الجمهور
١١٩	٨ ٢	في الفقرة السابقة	في الهامش السابق	٢٧٠	٥	وجنح	وجنح
١٢١	٨ ٥	المنصف	المنصف	٢٨٠	١٤	من العبد	من العبد
١٢٥	٨ ١٣	ص ١٣١٠	ص ٣١٠	٢٨٠	٨ ٧	رد المختار	رد المختار
١٤٥	٧	أجاز	أجاز	٢٩٩	٥	مى لا تتمحض	مى لا تتمحض
١٤٧	١٥	ولما	ولما	٣١٦	٨ ٤	فألتحق فيه جائز	فألتحق فيه جائز
١٤٧	١٥	ولما	ولما	٣٩١	٩	ولا يكون له الحق	ولا يكون له الحق
١٤٨	٨ ٣	الإضافة	الإضافة	٤٢٠	٨ ١٦	مؤلفاته الآتية	مؤلفاته الآتية
١٤٩	٩	حائراً	حائراً	٤٢٤	٨	أوله	أوله
١٥٤	١	بأنه	بأنها	٤٢٤	١٣	ومن كتب	ومن كتب
١٧٢	٩	الصورة	الصورة	٤٣١	٢٠	سنة ٥٧ هـ	سنة ٧ هـ

(تابع) تصويب الخطأ

الصفحة	السطر	الخطأ	الصواب	الصفحة	السطر	الخطأ	الصواب
٢٦	٣	المكية	المسكية	٢٣٩	١٨	يدفع	يدنم
٥٧	١١	بحث	بحثاً	٢٣٩	١٦	لإجازة	لإجازة
٥٧	١٢	٣٣٧/٣٣٦	٢٣٧/٢٣٦	٢٤٠	٥	البات	البات
٦٣	٢٢	لأهلية	الأهلية	٢٤٠	١٥	لإجازة	لإجازة
٦٥	٢١	ببر	بيوع	٢٦٨	١٧	بغيره	بغير
٧٠	٣	التقنينين	التقنين	٢٧٢	٤	التمريض	التمريض
٧٨	١٤	هذ	هذا	٢٧٣	٧	فكان	فكان
٨٨	٧	لأنه	أنه	٢٨٣	٢	في إحدى الروايتين	في رأي
٩٣	٩	لإفساد	لأفساد	٣١٠	١٠	خلافاً	فرقاً
٩٥	٧	دون	ودون	٣١١	٤	بغير	بعد
٩٧	٦	في الباب	في البابين	٣٢٣	٦	يتكلم	يتكلم
١٠٠	١١	وجد القانون	وجد في القانون	٣٤٠	٤	وتصح	وتصح
١٠٠	١٥	تشمل	يشمل	٣٦٣	١٩	الطفل	والطفل
١٠١	٤	فكرة القابل	فكرة العقد	٣٧١	١	المشتري	للمشتري
		للابطلال	القابل للابطلال	٣٧١	٤	يتخلص	يتخلص
١٢١	١٠	فقه الزيدية	فقه الشيعة الزيدية	٣٧٧	٩	الحصة	الحصة
١٤٤	٣	مؤجرة	مؤاجرة	٣٨٠	١	أو أربعة	أربعة
١٤٧	٢	الموضوع السابق	الموضع السابق	٣٨٣	١٣	الضرر	الضرر
١٦٩	١٩	ولا تسقط	وتسقط	٣٨٦	٤	الموض	الموض
١٧٠	١٧	ركيله	وكيله	٣٩٠	١٨	أن يضيق في	أن يضيق في
١٩٩	٤	تأبي	تأبي			هذا	نطاق هذا
٢٢٢	٢	١	٢	٤٢١	٨	ابن فرحون	ابن فرحون
٢٢٤	٤	أبو حنيفة	أبي حنيفة	٤٢١	٢١	التراجم	التراجم